Die Rechtsnatur des Verlöbnisses.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Otto Göbell
aus Cassel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Göttingen.
Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth.
1920.

Angenommen von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät.

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1920.

Gutachter: Herr Prof. Dr. Binder.

Gliederung.

Seite

Vorbemerkung 1

I. Abschnitt. Kurze geschichtliche Übersicht über die Entwickelung der Rechtsnatur des Verlöbnisses 2

§ 1. Die früheren Rechte 2

a) Römisches Recht 2

b) Deutsches Recht 3

c) Kirchenrecht 5

d) Gemeines Recht 8

e) Partikularrechte 9

§ 2. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch . 9

II. Abschnitt. Die Rechtsnatur des Verlöbnisses im Bürgerlichen Gesetzbuch 12

§ 3. Übersicht über die Theorien 12

§ 4. Die Verlobung ein neutraler Akt 14

§ 5. Die Verlobung eine Tatsache oder ein Vertrag 16

I. Besprechung einzelner, nicht überzeugender Ausführungen für und wider die Tatsachen- oder Vertragsnatur 17

II. Die Schadensersatzansprüche der Vorschriften der §§ 1298—1300 unter dem Gesichtspunkte der Tatsachen- oder Vertragsnatur . . . 25

1. Tatsächlichkeitstheorien 26

a) Billigkeitstheorie 26

b) Theorie der culpa in contrahendo . 27

c) Theorie des Garantieversprechens . 29

d) Schutzgesetztheorie 30

2. Vertragstheorie 36

III. Ergebnis, Verlobung ein Vertrag 38

Seite

§ 6. Die Rechtsnatur des Verlöbnisvertrages . . . 40
I. Obligatorischer Vertrag 40
II. Obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag . 44
III. Familienrechtlicher Vertrag 49
1. Familienrechtlicher Vorvertrag . . . 49
2. Familienrechtlicher Hauptvertrag . . 53

III. Abschnitt. Schluß 55
§ 7. Einheitlichkeit des Verlöbnisbegriffes im heutigen Rechtssystem 55

Vorbemerkung.

Die Rechtsnatur des Verlöbnisses ist eine der umstrittensten Fragen des heute geltenden Familienrechts. Seinen Grund findet dies zum Teil in der Fassung und dem Inhalt der gesetzlichen Vorschriften des Verlöbnisrechts (§§ 1297—1301 BGB.) zum Teil darin, daß dem Verlöbnis ethische Gedanken innewohnen, die berücksichtigt werden müssen. Die Verschiedenheit der Auffassungen gipfelt darin, daß die einen in der Verlobung ein Rechtsgeschäft mit allen seinen Folgen sehen, die anderen sie nur für einen rein tatsächlichen Akt mit der Folge eines rein tatsächlichen Verhältnisses halten.

Gegenstand dieser Abhandlung soll eine Prüfung und Würdigung der Rechtsnatur der Verlobung und des Verlobtenverhältnisses (Rechtsnatur des Verlöbnisses) sein. Zum Ausgangspunkt der Darstellung wird wegen seiner großen Bedeutung für das Verständnis des heutigen Verlöbnisrechts eine kurze geschichtliche Entwickelung desselben gewählt. Sodann wird auf die einzelnen, bezüglich der Rechtsnatur des Verlöbnisses bestehenden Fragen eingegangen werden.

I. Abschnitt.

Kurze geschichtliche Übersicht über die Entwickelung der Rechtsnatur des Verlöbnisses.

§ 1. Die früheren Rechte.

a) *Römisches Recht.*

Schon frühzeitig zeigt sich in der römischen Rechtsentwickelung eine Trennung des Verlöbnisses von der Ehe. Florentinus definiert das Verlöbnis in L. 1 D. de sponsalibus 23, 1 als das gegenseitige Versprechen künftiger Ehe: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Die Form des Eheversprechens war die eines Verbalkontraktes. Durch zwei korrespondierende sponsiones wurde der Vertrag geschlossen[1]). Als Kontrahenten konnten der Bräutigam und das Mädchen persönlich oder dessen Gewalthaber bei dem Abschluß des Vertrages mitwirken. Für Hauskinder verlangte das römische Recht stets die Einwilligung des Gewalthabers[2]).

Beiden Brautleuten stand bei Kontraktbruch die actio ex sponsu zu[3]). Sie ging auf das Erfüllungsinteresse, nicht aber auf Einlösung des Eheversprechens. Mit der Entwickelung des Grundsatzes: libera esse debent matrimonia fiel jedoch dieser Entschädigungsanspruch fort. Damit wurde dem Verlöbnis die durch jenen Anspruch in gewisser Hinsicht innewohnende Erzwingbarkeit genommen. Auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe durch Stipulation oder das

1) Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. L. 2 D. de spons. 23, 1. Karlowa II, 1 S. 176; Czyhlarz Inst. § 108 S. 232.

2) l. 7 § 1 D. 23, 1; l. 14, 3 D. 23, 2.

3) Karlowa II S. 178.

Versprechen eines Pfandes zur Sicherung des Eheversprechens waren als contra bonos mores verstoßend, ungültig[1]).

Die klassische Zeit römischer Rechtsentwickelung änderte nichts an dem Vertragscharakter des Verlöbnisses. Sie erhob nur entsprechend der Entwickelung der Ehe als formlosen Vertrages auch die Formlosigkeit des Verlöbnisses zum Rechtsgrundsatz[2]). Die Verlobung stellte sich nunmehr als ein pactum de matrimonio contrahendo dar, bei dem jedoch jeder rechtliche Zwang zur Erfüllung ausgeschlossen war[3]). Dasselbe erzeugte ein verwandtschaftsähnliches Verhältnis, dessen Wirkung besonders darin lag, daß ein Ehehindernis zwischen dem einen Verlobten und den Aszendenten und Deszendenten des anderen entstand[4]).

b) *Deutsches Recht.*

Im Gegensatz zum römischen Recht hat sich die Verlobung im alten deutschen Recht zu einem stark verpflichtenden obligatorischen Vertrag entwickelt.

In der ältesten Zeit germanischen Rechts bestand keine Scheidung zwischen Verlobung und Eheschließung. Sie waren ein Akt. Dieser vollzog sich in der Form eines Kaufgeschäftes. Gegen Übergabe des Kaufpreises (meta) wurde das Mädchen dem Brautwerber durch den Muntwalt übergeben. Der Kaufvertrag wurde zwischen dem Gewalthaber des Mädchens und dem Freier geschlossen. Die Braut war also Objekt des Kaufgeschäftes. Im Laufe der Zeit änderte sich diese rechtliche Auffassung jedoch insofern, als nicht mehr das Mädchen als Gegenstand des Kaufes angesehen wurde,

---

1) Czyhlarz, Inst. § 107, S. 232.

2) L. 4 pr. D. de sponsalibus 23, 1.

3) Dernburg, Pand. III, S. 10.

4) Karlowa II S. 176. L. 12 § 2 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

sondern die Munt[1]). Auch wurde mit fortschreitender Rechtsentwickelung die Verlobung (desponsatio) von der Trauung (traditio puellae) getrennt.

Zur Verlobung gehörte jetzt die Vereinbarung des Kaufpreises und die Einigung zwischen dem Freier und dem Muntwalt. Zum äußeren Zeichen der Einigung und zum Zeichen der Verpflichtung des Brautwerbers wurde von seiten des Freiers ein Handgeld (arrha) hingegeben[2]). Die Folge des Vertrages waren für den Muntwalt, daß er obligatorisch verpflichtet wurde, nach Hingabe des Kaufpreises oder eines Pfandes, dem Freier das Mädchen zu übergeben. Der Brautwerber konnte den Muntwalt bei Vorenthaltung der Braut verklagen[3]), nötigenfalls durch Brautraub die Erfüllung erzwingen. Für den Bräutigam entstand eine Haftung für rechtzeitige Heimführung der Braut. »Der Verlober konnte ihm zum Empfang der Braut einen Termin setzen und bei fortgesetzter Weigerung gegen ihn auf Acht klagen«[4]).

Um die Verlobten selbst wurde durch den Abschluß des Vertrages ein festes familienrechtliches Band geschlungen, das im Verhältnis zueinander die Verpflichtung erzeugte, die Ehe miteinander einzugehen[5]). Dieser verpflichtende Charakter der Verlobung erhielt sich auch fernerhin, als mit fortschreitender Rechtsentwickelung durch den Einfluß des Christentums die Auffassung der Verlobung als Kaufvertrag verschwand, und die Braut selbst beim Abschluß des Vertrages mitwirken konnte. Jedoch konnte aus jener gegenseitigen Verpflichtung nicht mehr auf Erfüllung geklagt werden. Der grundlos von der Verlobung Zurücktretende mußte dem ande-

1) Stobbe-Lehmann Bd. 4 § 269.
2) Sohm, Eheschließung I S. 28.
3) v. Amira II S. 662.
4) v. Amira II S. 663.
5) Sohm, Eheschließung S. 22; Friedberg, Kirchenrecht S. 441.

ren Verlobten nun eine Strafe zahlen, die etwa die Höhe des doppelten oder vierfachen Betrages der meta hatte[1]). Die Braut bedurfte zwar zunächst noch der Einwilligung ihres Muntwalts; diese Beschränkung fiel aber auch mit der Zeit fort, sodaß die Braut am Ende der Entwickelungsstufe selbständig als Vertragspartei auftreten konnte.

Entsprechend dieser Rechtsentwickelung verlor die meta ihren Charakter als Kaufpreis. Die meta wurde nicht mehr dem Muntwalt, sondern der Braut als Wittum ausgehändigt. Desgleichen war der Muntwalt nicht mehr zum Empfang der Arrha berechtigt. Sie wurde der Braut selbst übergeben und bestand in der Hingabe einer Armspange oder eines Ringes[2]). Hiermit hat die Entwickelung des Verlöbnisrechts im deutschrechtlichen Sinn ihren Abschluß gefunden. Hinfort geriet ihre Weiterbildung unter kirchlichen Einfluß.

c) *Kirchliches Recht.*

Wie im deutschen Recht, so war auch im kanonischen Recht die Verlobung ein verbindlicher Vertrag.

Hier hatte die kirchliche Doktrin die terminologische Unterscheidung zwischen sponsalia de futuro und sponsalia de praesenti entwickelt[3]). Jene Sponsalien waren das formlose Versprechen der Ehe für die Zukunft (Verlöbnis), diese das Eheversprechen für die Gegenwart (Eheschließung). Das Verlöbnis war für beide Teile rechtsverbindlich. Gegen den Willen des anderen Verlobten konnte nur bei wichtigen Gründen durch Richterspruch eine Lösung des Verlöbnisses herbeigeführt werden. Auch konnte auf Eingehung der Ehe geklagt werden[4]). Zwar versagte die Kirche eine direkte Voll-

1) Sauer S. 3.
2) Stobbe-Lehmann § 209, 2.
3) C. 31, X de spons. IV, 1; Richter S. 1194.
4) C. 10, 17, X de spons. IV, 1.

streckung des Urteils. Sie suchte aber durch kirchliche Strafen oder nachträgliche Verurteilung zum Schadensersatze die Einlösung des Eheversprechens zu erreichen[1]).

Zum Zwecke der Erzwingung des Eheversprechens entwickelte die römische Kirche ferner auch den Grundsatz, daß durch copula carnalis eine sponsalia de futuro in eine sponsalia de praesenti umgewandelt werde, indem man den Brautleuten durch Vollziehung des Beischlafes Eheschließungsabsicht unterstellte.

Die Folge dieser Lehre war, daß der Unterschied zwischen Verlobung und Ehe allmählich verwischt wurde. Außerdem entstand eine große Rechtsunsicherheit, da es überaus schwierig war, festzustellen, wann die sponsalia de futuro durch copula carnalis in sponsalia de praesenti übergegangen waren. Zwar versuchte Papst Innocenz III. (1215) diesem Zustand ein Ende zu machen, indem er anordnete[2]), daß jede beabsichtigte Ehe öffentlich zu verkündigen sei. Da aber die Unterlassung dieser Formalität die Gültigkeit einer Ehe nicht berührte, so blieb dieser Anordnung ein Erfolg versagt. Erst das Tridentiner Konzil (1545—1563) hat der Kirche indirekt das Zwangsmittel, das in der Anwendung des Grundsatzes der Umwandlung der sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti lag, dadurch genommen, daß es wieder eine scharfe Scheidung zwischen Verlobung und Ehe herstellte. Es bestimmte nämlich durch das Dekret Tametsi[3]), daß eine Eheschließung nur rechtsgültig sei, wenn die formlose Konsensualerklärung der Eheschließenden praesenti parocho et duobus vel tribus testibus abgegeben werde. Die Verlobung und Eheschließung waren also wieder vollkommen voneinander geschieden und selbständige Akte. Hinsichtlich der recht-

1) Friedberg, Kirchenrecht S. 465; v. Scherer II, S. 116 ff.
2) Friedberg S. 478.
3) Sessio XXIV de reformatione matrimonii.

lichen Natur des Verlöbnisses wurde durch das Dekret nichts geändert; diese behielt die rechtliche Gestaltung, wie sie vor der Verschmelzung bestanden hatte[1]).

Die protestantische Kirche hat zur Zeit ihrer Entstehung durch die Reformatoren kein eigenes Verlöbnisrecht erhalten. Nach ihnen war die rechtliche Regelung des Verlöbnisses eine Angelegenheit des Staates.

Den haltlosen Zuständen, die durch den katholischen Rechtssatz der Umwandlung der sponsalia de futuro durch copula carnalis in das Eheverhältnis entstanden waren, hat Dr. Martin Luther dadurch abzuhelfen versucht, daß er alle unbedingten Sponsalien für Ehen erklärte. Der Verlobungsvertrag bedeutet also in diesen Fällen zugleich Eheschließung[2]).

Die Verschmelzung von Verlöbnis und Ehe wurde jedoch, vor allem durch den Einfluß Just Henning Böhmers[3]), in der Mitte des 18. Jahrhunderts wieder beseitigt. Die protestantische Kirche machte nunmehr die Gültigkeit der Ehe von einer besonderen Trauung abhängig, der ein Aufgebot[4]) vorherzugehen hatte. Das Verlöbnis konnte durch formlose

---

1) Eine Reform des Verlöbnisrechtes wurde durch das Dekret »Ne temere« vom 2. Aug. 1907 herbeigeführt. Die Änderungen erstreckten sich vornehmlich auf Formvorschriften; denn die kirchenrechtlichen Wirkungen wurden von der Erfüllung bestimmter Formen abhängig gemacht. Der Verlöbnisvertrag bedarf nunmehr der eigenhändigen Unterzeichnung der Brautleute und eines Pfarrers oder zweier Zeugen oder eines Ordinarius. Sämtliche Beteiligten müssen gleichzeitig anwesend sein. Die Rechtspflicht wurde nicht beseitigt.

2) Unbedingt war eine Verlobung, wenn kein Ehehindernis, wie z. B. Ehemündigkeit, vorhanden war. Friedberg S. 483; Stobbe-Lehmann § 269, 6.

3) Inst. Ecclesiasticum protestant. Lib. IV. Halle 1747.

4) Friedberg S. 485 Anm. 9; Stutz S. 87.

Willenserklärungen geschlossen werden. Es hatte die Natur eines obligatorischen Vertrages[1]).

d) *Gemeines Recht.*

Im System des gemeinen Rechts hatte das Verlöbnis ebenfalls den Charakter eines formlosen Vertrages[2]). Seine Rechtsnatur war jedoch Gegenstand lebhaften Streites. Während von Scheurl mehr die familienrechtliche Seite des Vertrages in den Vordergrund stellte[3]), und dementsprechend den Vertrag behandelte, wollte Richter schlechthin den Kontraktscharakter berücksichtigt wissen[4]) und demzufolge die allgemeinen Grundsätze für Verträge in Anwendung bringen. Auf die Praxis hat dieser Streit keinen Einfluß ausgeübt. Hier wurden Verlöbnisse von jeher nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge behandelt.

Der Verlöbnisvertrag war formlos. Die Bindung der Brautleute war aber ungleich stärker gestaltet, als im kanonischen Recht, indem die Erfüllung des Eheversprechens auf Grund eines rechtskräftigen Urteils durch Zwangsmittel, wie Gefängnis und Landesverweisung erzwungen werden konnte. Es fanden sogar Zwangskopulationen statt[5]).

Im Laufe der Rechtsentwickelung trat hier jedoch ein Umschwung ein, der seinen Niederschlag in der Beseitigung der strengen Zwangsmittel fand. Die Klage war zwar noch auf den Eheabschluß zu richten, aber im Falle der Weigerung des anderen Verlobten führte sie nur zur Verurteilung zu einer Entschädigung[6]). Die Klage verlor schließlich durch

1) Böhmer Lib. IV, §§ 48—53.
2) Entsch. d. RG. in Ziv.-Sachen Bd. 20, S. 333; 23, 172.
3) v. Scheurl, Eherecht S. 377.
4) Richter S. 1194.
5) Dernburg, Pand. S. 12, Anm. 16; Böhmer Lib. IV, § 54.
6) Seuff. Arch. XIX, Nr. 3; XXVII, Nr. 37.

die am 3. 1. 1877 in der Zivilprozeßordnung aufgenommenen Bestimmungen § 774 Abs. 2 und § 779 Abs. 2 (alte Fassung) jede praktische Bedeutung. Gemäß § 774 Abs. 2 wurde einem Urteil, das auf Eingehung der Ehe lautete, die Vollstreckbarkeit durch Verhängung von Geld und Haft versagt. In der Vorschrift des § 779 Abs. 2 wurde angeordnet, daß der Grundsatz, daß eine Erklärung des Schuldners mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, auf die Ehe keine Anwendung finden soll.

e) *Partikularrechte.*

Die Mehrzahl der Partikularrechte stand auf dem Boden des gemeinen Rechts. Die Verlobung hatte die Rechtsnatur eines obligatorischen Vertrages, aber den Anschauungen der Zeit folgend, schwächten sie vielfach die Wirkungen des Verlöbnisses ab.

So gab eine Gruppe von Landesgesetzen eine Klage auf Einlösung des Versprechens[1]), eine andere versagte die Erfüllungsklage, verlieh aber einen Anspruch auf Schadensersatz bei Nichteingehen der Ehe[2]). Das Bremische und Badische Recht sprachen sogar dem Verlöbnis jede Rechtswirkung ab und ließen keinerlei Ansprüche aus ihm erwachsen[3]).

§ 2. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Aus dem bisher geschilderten, kurzen geschichtlichen Entwickelungsgang der Rechtsnatur des Verlöbnisses geht hervor, daß während der langen geschichtlichen Entwickelung

---

1) Preuß. ALR. II, 1 § 75, § 82, § 99, §§ 112—116.

2) Württemberg, Hessen, vgl. Mot. der ersten Kommission zum 1. Entw. bei Mugdan Bd. 4, S. 1ff.

3) Ges. f. Bremen vom 31. 10. 1875; Ges. f. Baden vom 21. 12. 1869.

das Verlöbnis stets den Charakter eines Vertrages gehabt hat, daß aber in neuerer Zeit einzelne Partikular-Gesetzgebungen und auch das gemeine Recht die Rechtswirkungen des Verlöbnisses mehr und mehr einschränkten, ja zum Teil ganz beseitigten.

Als die Vorarbeiten zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich begannen, galt es zu der in der letzten Zeit einsetzenden Rechtsentwickelung Stellung zu nehmen. Der Vorentwurf folgte der angebahnten Entwickelung. Er lehnte jede Rechtsverbindlichkeit des Verlöbnisses ab und gewährte auch keine Ansprüche aus dem Verlöbnisse, behielt aber die Rechtsnatur des Verlöbnisses als obligatorischen Vertrag bei. Der erste Paragraph des Vorentwurfes lautete: »Der auf künftige Abschließung einer Ehe gerichtete Vertrag (Verlöbnis) begründet weder einen Anspruch auf Vollziehung der Ehe, noch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder einseitigen Rücktritt vom Verlöbnisse. Die Verabredung einer Leistung für den Fall, daß die Ehe nicht zustande kommt, ist nichtig.« In folgerichtiger Fortentwickelung der Gedanken der §§ 774 und 779 ZPO. (alte Fassung) hat der Vorentwurf also die Zwangsvollziehung der Ehe und den Schadenersatz ausgeschlossen.

Die Kommission für die erste Lesung hat dem Entwurf nur bezüglich der ausgeschlossenen Zwangsvollziehung zugestimmt. Den vorgeschlagenen Ausschluß jeden Schadensersatzes hat sie jedoch, als dem Rechtsbewußtsein des Volkes nicht entsprechend, abgelehnt[1]). Der erste Paragraph des Vorentwurfes wurde infolgedessen in der abgeänderten Fassung der §§ 1227 und 1228 in den ersten Entwurf aufgenommen.

1) Prot. 1, S. 5835. »Die Zulassung eines Anspruchs auf Schadensersatz im Falle eines ungerechtfertigten Verlöbnisbruches entspreche dem Rechtsbewußtsein des Volkes und sei in vielen Fällen aus Rücksicht der Billigkeit geboten«.

Nach § 1228 wurden jetzt Schadensersatzansprüche in gewissen Grenzen zugelassen. Die Bestimmung des § 1227 sagte: »Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Eheschließung nicht begründet«.

Gegen diese Fassung des § 1227 erhoben sich in der Kommission für die zweite Lesung mannigfache Bedenken. Ein großer Teil der Kommissionsmitglieder glaubte die Rechtsverbindlichkeit des Verlöbnisses als der im Volke herrschenden Anschauung bejahen zu müssen; andere erblickten in einer rechtlichen Verpflichtung zur Schließung der Ehe einen Verstoß gegen das sittliche Wesen der Ehe und wollten infolgedessen das Verlöbnis nicht als Rechtsgeschäft behandeln.

Die von den Vertretern der einzelnen Auffassung gemachten Abänderungsvorschläge zu § 1227 lauteten:

»Durch das Verlöbnis wird ein Anspruch auf Schließung der Ehe nicht begründet«.

»Durch das Verlöbnis werden die Verlobten zur Eheschließung verpflichtet«.

Für keine der beiden Anträge konnte jedoch in der Kommission für die zweite Lesung eine Mehrheit gewonnen werden. Man hielt es allgemein nicht für wünschenswert, an die Spitze des Familienrechts einen Satz zu stellen, durch den der Anschein erweckt werden könnte, als sollte damit auch die durch das Verlöbnis begründete sittliche Verpflichtung verneint werden. Auch kam man zu dem Ergebnis, daß man die Frage nach dem »prinzipiellen Charakter des Verlöbnisses der Wissenschaft überlassen müsse«[1]). Aus diesen Erwägungen heraus einigte man sich dahin, einen dritten Antrag, der nur die Klaglosigkeit des Verlöbnisses anordnete, in den Entwurf aufzunehmen. Er lautete:

»Aus dem Verlöbnisse findet eine Klage auf Eingehung der Ehe nicht statt«.

1) Prot. I, 5833.

Ein in der Reichstagskommission[1]) abermals eingebrachter Antrag, ausdrücklich die Verpflichtung zur Eheschließung auszusprechen, wurde abgelehnt, nachdem von einem Vertreter der Regierung der Standpunkt vertreten war, daß die Verpflichtung zur Eheschließung eine Verbindlichkeit obligatorischer Art nicht sei, sondern daß sie auf ethischem und sozialem Gebiete beruhe, »an die sich allerdings unter gewissen Voraussetzungen Rechtsfolgen anschließen. Unter diesen Umständen sei es richtiger, sich auf die Feststellung dieser Folgen zu beschränken und die Frage, ob von einer rechtlichen Verpflichtung gesprochen werden könne, der Wissenschaft zu überlassen.«

Die Fassung des zweiten Entwurfs wurde in der Reichstagskommission angenommen und wurde als § 1297 BGB. Gesetz.

Aus der kurzen Darstellung ergibt sich, daß bei den Vorarbeiten des in Frage stehenden Instituts große Meinungsverschiedenheiten geherrscht haben, daß aber eine bestimmte Auffassung von der Rechtsnatur des Verlöbnisses dem geltenden Recht nicht zugrunde gelegt ist.

II. Abschnitt.

Die Rechtsnatur des Verlöbnisses.

§ 3. Übersicht über die Theorien.

Der Streit, der bei den Beratungen in den Kommissionen um die Rechtsnatur des Verlöbnisses entbrannt war, und der letzten Endes dazu geführt hatte, die Entscheidung der Frage der Wissenschaft zu überlassen, ist hier fortgesetzt worden. Die verschiedensten Theorien sind aufgestellt und werden ver-

1) Bericht der Reichstagskommission über den Entw. eines BGB. S. 136.

fochten. Man unterscheidet zwei gegenüberstehende Hauptgruppen: Die Theorie der Tatsächlichkeit und die Vertragstheorie.

Die Vertragstheorie sieht, wie schon der Name ankündigt, in dem Verlöbnis ein Rechtsgeschäft, und zwar, da es sich um zwei übereinstimmende rechtsgeschäftliche Willenserklärungen handelt, einen Vertrag, aus dem sich vor allem die Rechtspflicht zur Eheschließung ergibt. Sie hält infolgedessen auch das zwischen den Brautleuten durch die Verlobung geschaffene Verhältnis des Brautstandes für ein Rechtsverhältnis und sucht die Folgen des Verlöbnisbruches als Folgen der Vertragsverletzung zu erklären. Im einzelnen besteht unter den Anhängern der Theorie wieder Streit darüber, was für ein Vertrag das Verlöbnis sei. Während die einen, die sich aus dem Vertrage ergebenden Pflichten als rein obligatorische bezeichnen, sehen die anderen in dem Verlöbnis einen rein familienrechtlichen Vertrag, wobei jedoch wiederum Uneinigkeit darüber herrscht, ob es sich um einen Hauptvertrag oder um einen Vorvertrag handelt. Eine vermittelnde Stellung nimmt die obligatorisch-familienrechtliche Theorie ein.

Die Vertreter der Tatsächlichkeitstheorie verneinen, daß aus dem Verlöbnis Rechtspflichten entstehen, halten vielmehr das gegenseitige Eheversprechen für rein tatsächliche Erklärungen und den Brautstand für ein tatsächliches Verhältnis. Je nachdem die Anhänger der Tatsachennatur die Rechtsfolgen, die kraft positiver Bestimmungen an die ungerechtfertigte Auflösung des Verlöbnisses geknüpft sind, zu erklären suchen, unterscheidet man die Billigkeitstheorie, die Theorie der culpa in contrahendo, die Theorie des Garantieversprechens und die Schutzgesetztheorie.

Eine besondere Konstruktion der Verlobung und des Verlobtenverhältnisses gibt Kohler[1]). Sie beruht auf den von

1) Kohler, Familienrecht, 3. Bd., S. 37 ff.

ihm aufgestellten Begriff der neutralen Handlungen. Er sieht in der Verlobung einen neutralen Akt und in dem Verlobtenverhältnis ein neutrales Verhältnis.

§ 4. Die Verlobung ein neutraler Akt.

Der neutrale Akt der Verlobung ist nach Kohler[1]) keine Rechtshandlung im herrschenden Sinne und das Verlobtenverhältnis kein Rechtsverhältnis. Er ist nach ihm vielmehr ein Willensakt, der unter den von ihm aufgestellten Begriff der neutralen Handlungen fällt[2]). Das neutrale Verhältnis ist die Folge des neutralen Aktes.

Zu den neutralen Handlungen zählt Kohler alle Willensakte, die »kraft anderer Elemente als der Willenserklärungen, nämlich kraft eines Gefühls oder Geistesaktes, bei denen die juristische Willenserklärung keine entscheidende Rolle spielt, Rechtsfolgen erzeugen«.

Kohler stellt mit dem Begriff der neutralen Handlungen eine neue Gruppe von rechtlich erheblichen Handlungen auf. Nach meinem Dafürhalten besteht jedoch hierfür kein Bedürfnis; denn alle im Rechtsverkehr vorkommenden Handlungen lassen sich in die allgemein anerkannten Kategorien[3]) der juristischen Handlungen, nämlich der Willenserklärungen, der geschäftsähnlichen Handlungen, der Realakte, der unerlaubten und der schuldlos zum Ersatz verpflichtenden Handlungen einreihen. Handlungen, die nicht unter diese Kategorien fallen, scheiden aus dem Begriff der Handlungen im Rechtssinne aus.

Nach Kohler fallen unter den Begriff der neutralen Handlungen neben der Verlobung die Verzeihung, die Re-

1) Kohler, Familienrecht, 3. Bd., S. 37 ff.
2) Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie II, S. 27.
3) Enneccerus, Lehrb. § 128, III.

klamesendung, und die rechtsschöpferische Tätigkeit im Immaterialrecht. Jeder der von Kohler angeführten Akte läßt sich nach der oben angeführten Gruppierung rechtlich bestimmen.

So ist die Reklamesendung eine Aufforderung, fällt mithin unter die geschäftsähnlichen Handlungen, die rechtsschöpferische Tätigkeit im Immaterialrecht ist ein Realakt. Zweifel könnten nur hinsichtlich der Verzeihung bestehen. M. E. muß sie als eine Willenserklärung aufgefaßt werden, und zwar eine Erklärung des Willens dahingehend, »zukünftig aus der Tat des anderen keine Folge herleiten zu wollen«[1]). Freilich ist dies nicht unbestritten; gemeinhin wird sie als »eine Tatsache des inneren Gefühlslebens oder als Äußerung dieser Tatsache bezeichnet«. Wäre das richtig, so würde sie nur die verzeihende Gesinnung erfordern und mithin überhaupt nicht unter den Begriff der Handlungen fallen.

Auch die Verlobung wird sich in eine jener Kategorien einreihen lassen, wenn sie überhaupt eine Rechtshandlung ist. Fällt sie nicht unter den Begriff der juristischen Handlungen, so bleiben nur zwei Möglichkeiten: Sie ist entweder eine Tatsache des inneren Gefühlslebens und verlangt nur die Gesinnung der Liebe, also rechtserhebliche Tatsache i. S. der Tatsächlichkeitstheorie, oder sie ist ohne jede rechtliche Wirkung.

Somit hat sich gezeigt, daß es überflüssig ist, eine neue Gruppe von Handlungen für die Gefühls- und Geistesakte im Rechtsleben aufzustellen. Damit ist auch die Konstruktion der Verlobung als ein neutraler Akt abzulehnen.

Der Begriff der neutralen Handlungen ist in der Literatur nicht anerkannt.

1) Kipp-Wolff § 35 zu § 1570 BGB.; Enneccerus § 128, III, Anm. 7; Manigk §§ 697 ff.; RG. JW. 1905, 113; Warn. Entsch. 6, 258.

§ 5. Verlobung eine Tatsache oder ein Vertrag.

Vorbemerkung.

Der Verlobungsakt[1]) besteht — rein äußerlich betrachtet — im gegenseitigen Versprechen, die Ehe miteinander einzugehen. Den Worten nach kommt freilich im Leben ein ausdrückliches Eheversprechen nur selten vor, wohl finden sich die Fragen des Brautwerbers: Willst Du mich heiraten? Willst Du die Meine werden? Willst Du meine Frau werden? Worauf die Frau vielleicht mit »Ja ich will« oder in ähnlicher Form ein ausdrückliches Versprechen abgibt. Auf diese Weise jedoch vollzieht sich gewöhnlich eine Verlobung nicht. Denn meist werden die Worte, die erklärt werden, ein solches Versprechen nicht erkennen lassen. Vielmehr ist nur aus dem Sinn der gewechselten Worte zu entnehmen, daß die sich Verlobenden gegenseitig ihren Willen offenbart haben, die Ehe miteinander einzugehen.

Dieser Verlobungsvorgang ist nun i. S. der Tatsächlichkeitstheorie ein Willensakt, an den eine dem geäußerten Willen entsprechende Folge vom Recht nicht geknüpft ist. Nach der Vertragstheorie dagegen sind die gegenseitigen Erklärungen Willenserklärungen eines Vertrages, der nach herrschender Meinung vor allem die Rechtspflicht erzeugt, die Ehe einzugehen. Zu Gunsten beider Auffassungen werden eine große Reihe von Gründen allgemeinen wie auch speziellen Inhalts vorgebracht. Vielen von ihnen kann weder zum Vorteil noch Nachteil der einen oder der anderen Ansicht Beweiskraft beigelegt werden. Sie sollen im folgenden zunächst eine Besprechung erfahren.

---

1) Beim Verlöbnis unterscheidet man den Verlobungsakt (die Verlobung) und das durch sie hervorgerufene Verlobtenverhältnis (den Brautstand). Im Gesetz wird Verlöbnis i. S. von Verlobung und Brautstand gebraucht.

I. Besprechung einzelner, nicht überzeugender Ausführungen für und wider die Tatsachen- oder Vertragsnatur.

Rein abstrakt betrachtet, brauchen die Verlobungserklärungen keinen rechtsgeschäftlichen Charakter zu haben; sie können auch rein tatsächlicher Natur sein; denn auch rein tatsächliche Erklärungen können in Vertragsform gesprochen werden, wie z. B. die gegenseitige Einladung zum Abendessen und deren Annahme, Aufforderung zum Tanz usw. erkennen lassen[1]). Nicht überzeugend ist deshalb, wenn die Reichsgerichtsentscheidung in Gruch. 50, S. 494, allein aus dem Umstand, daß ein gegenseitiges Versprechen vorliegt, auf die Vertragsnatur der Verlobung schließen will. Erst wenn der Nachweis gelingt, daß durch das Versprechen eine rechtliche Gebundenheit entstanden ist, die Rechtspflichten hervorruft, können die Erklärungen als rechtsgeschäftliche angesehen werden.

Ein wichtiges Argument hierfür erblickt ein Teil der Anhänger der Vertragsnatur[2]) des Verlöbnisses in der althergekommlichen Auffassung des Eheversprechens als Vertrag und in dem Zusammenhang des geltenden Rechts mit dem früheren Recht.

Wie oben S. 2 gesehen, erklärten bereits die Römer das wechselseitig gegebene Eheversprechen für einen Vertrag. Auch im germanischen Recht, im Kirchenrecht und im gemeinen Recht hatte die Verlobung die Rechtsnatur des Vertrages. In der Volksanschauung aller Zeiten lebte somit die Erkenntnis, daß die Verlobungserklärungen rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Aus der Entstehungsgeschichte des

1) Endemann § 151 N. 12a.

2) Opet-Blume S. 6; Wolff S. 17, II, 1; Neubecker, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 31, Heft 3, S. 264.

Bürgerlichen Gesetzbuches kann weiterhin auch nicht bewiesen werden, wie der historische Werdegang der gedachten Vorschriften erkennen läßt (S. 9ff.), daß das geltende Recht mit der altüberlieferten Auffassung gebrochen hätte.

Da die historische Entwickelung eines Rechtsinstituts stets einen begründeten Anhalt für die rechtliche Gestaltung eines Instituts bildet, so ist die in Frage stehende Beweisführung nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Im Gegenteil, man müßte ihr, wenn nicht starke Bedenken ihr die Beweiskraft absprechen oder wenigstens abzuschwächen vermögen, beitreten.

Solche abschwächende Bedenken sind vorhanden. Denn im letzten Jahrhundert hatten sich die Anschauungen über das Wesen des Verlöbnisses und der Ehe wesentlich geändert, da die sozialen und ethischen Momente dieser Institute immer mehr auf Kosten der überlieferten Auffassungen in den Vordergrund getreten waren. Man begann allmählich die Zwangsmittel, die dem bisherigen Verlöbnis anhafteten, zu verwerfen. Ihren gesetzlichen Niederschlag haben diese Bestrebungen bereits im gemeinen Recht durch Versagen des Erfüllungszwanges und in erhöhtem Maße in den Partikularrechten gefunden, indem daselbst ebenfalls die Vertragsnatur des Verlöbnisses bald mehr, bald weniger abgeschwächt worden ist. Die Versagung des Erfüllungszwanges, die Aberkennung jeder Rechtswirksamkeit in bremischen und badischen Gesetzgebungen sind deutliche Zeichen einer fortschreitenden Entwickelung.

Ihr ist auch das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt, indem es eine Erfüllungsklage abgelehnt und die Ausübung eines indirekten Zwanges durch Verbot einer Konventionalstrafe, durch Gewährung einer freien Rücktrittsmöglichkeit und durch Beschränkung der Ansprüche wegen Verlöbnisbruchs auf das negative Interesse einen Riegel vorgeschoben hat.

Kann man angesichts dieser Abschwächungen nicht auch annehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in Fortentwickelung des gemeinen Rechts und der Partikularrechte dem Verlöbnis die Vertragsnatur ganz genommen hat? Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Gesetz nicht auch die letzte Konsequenz aus der Entwickelung gezogen hätte. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch geben zu einer gegenteiligen Annahme keinen Anlaß, wie die Überlassung der Streitfrage an die Wissenschaft erkennen läßt[1]).

Die Weiterentwickelung des Rechts i. S. der Tatsächlichkeitstheorie ist also nicht aus dem Bereich der Möglichkeiten auszuscheiden. Man kann daher auch der historischen Entwickelung nicht den überzeugenden Wert beilegen, wie die Anhänger dieses Arguments es tun.

Des weiteren wird vielfach bald als mehr, bald als weniger[2]) beweiskräftig zu Gunsten der Vertragstheorie geltend gemacht, daß aus der Berücksichtigung des Verlobtenverhältnisses im öffentlichen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch außerhalb des Familienrechts hervorgehe, daß dasselbe ein Rechtsverhältnis und damit die Verlobung ein Vertrag sei[3]). Wenn, so führt man den Beweis, das Verlöbnis ein tatsächliches Verhältnis sei, so sei nicht zu begreifen, daß in den gedachten Vorschriften auf das Verlobtenverhältnis Rücksicht genommen werde. Diese Bestimmungen ließen sich nur unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsverhältnisses erklären.

1) Esser S. 31.

2) Staudinger IV S. 6; Cramer S. 7; v. Scheurl i. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74, S. 389; Stutz S. 22.

3) Die in Betracht kommenden Vorschriften sind folgende: BGB. §§ 2077 Abs. 2; 2275 Abs. 3; 2276, 2; 2279, 2; 2290, 3; S. 2; 2347, 1; 2351; 2352. ZPO.: §§ 383 Abs. 1; 393, 1, Z. 3; 408. StGB.: §§ 52; 54; 213; 232, Abs. 2; 247; 257; 263, Abs. 4; 292; 293. StPO.: §§ 51, Abs. 1, Ziff. 1; 54; 76.

Diese Beweisführung kann m. E. nicht überzeugen. Es ist ihr entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber sowohl im bürgerlichen als auch im öffentlichen Recht rein tatsächliche Verhältnisse und Beziehungen berücksichtigt, ohne daß aus der Tatsache der Berücksichtigung auf das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses geschlosen werden muß. Erwähnt sei das Verhältnis des Lehrers zu den Zöglingen, des Geistlichen zu seinen Pfarrkindern usw. bezüglich ihres Zeugnisverweigerungsrechts.

Freilich ist das Zeugnisverweigerungsrecht des Lehrers, des Geistlichen usw. an Umfang bedeutend geringer als das der Verlobten, oder wie Stutz sich ausdrückt[1]), ist jenes nur relativ und dieses absolut.

Die Erklärung für diesen Unterschied darf man nicht darin suchen, daß das Verlöbnis ein Rechtsverhältnis, das Verhältnis des Geistlichen usw. nur ein tatsächliches sei. Vielmehr erklärt sich der Unterschied daraus, daß der Geistliche usw. nur in gewissen Beziehungen in einem Vertrauensverhältnis zu seinen Pfarrkindern steht, die Verlobten dagegen durch das enge Band des Brautstandes in allen Beziehungen zueinander in ein Vertrauensverhältnis getreten sind. Nur allein hieraus kann der geringere Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts jener Personen seine Rechtfertigung finden. Der diesen Bestimmungen zugrunde liegende Gedanke des Schutzes eines schutzwürdigen Interesses ist eben mit der im Gesetz gegebenen Begrenzung erschöpft.

Desgleichen vermag die von den Vertretern der Ansicht herangezogene Vorschrift des § 52 StGB., die den Verlobten den Angehörigen zurechnet, nicht den behaupteten Beweis zu liefern. Denn die Vorzüge, die dem Verlobten hier gewährt werden, werden auch Pflegeeltern und -kindern gewährt. Das

1) Stutz S. 23.

Verhältnis dieser Personen zueinander ist jedoch nur ein tatsächliches[1]), sodaß also jene Vorzüge sowohl den Verlobten als auch den nur im tatsächlichen Verhältnis stehenden Personen in gleicher Weise gegeben sind. Ein überzeugender Schluß auf die rechtliche Natur des Verlobtenverhältnisses ist somit ausgeschlossen.

Geradesowenig zum Beweise geeignet wie die Vorschrift des § 52 StGB. sind endlich die in Betracht kommenden erbrechtlichen Bestimmungen (§§ 2077 Abs. 2, 3; 2279 Abs. 2; 2275 Abs. 3; 2276 Satz 2; 2290—2292; 2347; 2351 und 2352); denn diese enthalten entweder nur eine selbstverständliche Auslegungsregel (§ 2077, § 2279 BGB.) über die Handhabung letztwilliger Verfügungen zwischen ehemaligen Verlobten, und lassen infolgedessen vermöge ihrer Selbstverständlichkeit keinerlei Schluß auf die Frage, ob Tatsache oder Rechtsverhältnis zu, oder sie sind auch unter dem Gesichtspunkt des Verlöbnisses als Tatsache vollauf erklärbar und deshalb als Argument ungeeignet.

Die Vorschrift des § 2077 Abs. 2, 3 BGB., auf die die Bestimmung des § 2079 Abs. 2 BGB. Bezug nimmt, und welche die Schlußbestimmung der im Gesetze gegebenen Auslegungsregeln für letztwillige Verfügungen bildet (§§ 2066 bis 2077 BGB.), besagt, daß eine letztwillige Verfügung zu Gunsten eines Verlobten unwirksam wird, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des erblassenden Verlobten aufgelöst wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen sei. Inhaltlich bringt somit diese Vorschrift die Selbstverständlichkeit, daß im Falle der Auflösung des Verlöbnisses (durch Rücktritt oder durch Tod des nicht verfügenden Verlobten usw.) das durch Testament früher festgelegte Erbrecht nicht zur Geltung kommen soll. Eine Selbstverständlichkeit, die

1) Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 28, S. 230.

in dem Wesen des Verlöbnisses als eines erst in der Zukunft durch Schließung der Ehe vollwirksam werdendes Verhältnisses begründet ist.

Die übrigen, oben genannten Vorschriften gewähren dem Verlobten eine dem Ehegattenverhältnis ähnlich bevorzugte Stellung, indem sie beim Erbvertrag und Erbverzichtsvertrag die daselbst einem Ehegatten gegebenen Vergünstigungen hinsichtlich Form des Abschlusses und Rücktrittes und hinsichtlich der Fähigkeit (beschränkte Geschäftsfähigkeit) dem Verlobten zu Gute kommen lassen. Der Grund für diese Gleichstellung liegt darin, daß zwischen Verlobten einerseits und zwischen Ehegatten andererseits gleiche innerliche Beziehungen mit gleichen Interessen bestehen, und daß dem Verlobtenverhältnis deshalb und wegen der demnächst sich durch Eheschließung vollziehenden vollkommenen Lebensgemeinschaft gleiche Behandlung aus Billigkeit zukommen muß.

Die innere Berechtigung finden somit die Vorschriften in Gründen, die keineswegs auf einem Rechtsverhältnis zu beruhen brauchen. Lediglich rein persönliche Beziehungen und rein äußerliche Gründe sind maßgebend. Somit sind auch diese Vorschriften ungeeignet, das Argument zu stützen.

Beide Parteien nehmen für ihre Ansicht Fassung und Inhalt der Vorschrift des § 1297 BGB. in Anspruch. Hieraus kann man eigentlich schon ohne weiteres den Schluß ziehen, daß die genannte Vorschrift zur Beweisführung ungeeignet ist. Es sei denn, daß sich die Unhaltbarkeit der einen oder anderen Ansicht ergeben sollte.

In Abs. 1 des § 1297 BGB. ist bestimmt, daß auf Eingehung der Ehe nicht geklagt werden kann.

Vom Standpunkte der Tatsächlichkeitstheorie wird in der Versagung der Erfüllungsklage eine Bestätigung der tatsächlichen Natur des Verlöbnisses gesehen, da tatsächliche Ver-

hältnisse ihrem Wesen nach klaglos seien. Diese Beweisführung kann nicht ohne weiteres widersprochen werden, da in der Tat tatsächlichen Verhältnissen der Rechtsweg verschlossen ist. Anders ist es bei den vertraglichen Verhältnissen. Hier bildet die Klagbarkeit die Regel.

Jedoch ist auch die Auffassung der Gegenseite, daß die Abschaffung der Klage eine ganz natürliche Folge der Beseitigung der Erzwingbarkeit sei, nicht von der Hand zu weisen. Denn mit dem Wegfall der Erzwingbarkeit ist die Gewährung einer Klage zwecklos[1]). Zudem ist trotz der im Bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Tendenz der Klagbarkeit einer jeden Verbindlichkeit der Beweisführung der Tatsächlichkeitstheorie mit dem Hinweis zu begegnen, daß das Bürgerliche Recht in den Naturalobligationen (Spiel, Wette, Ehemaklerlohn usw.) auch klaglose Verbindlichkeiten kennt.

Die Vorschrift des § 1297 Abs. 1 kann somit nach dem bisher Vorgebrachten sowohl zu Gunsten der einen als auch der anderen Ansicht benutzt werden, ohne daß man sich jedoch einer der Ansichten überzeugt anschließen könnte. Es gilt daher Fassung und Inhalt gedachter Vorschrift tiefer zu erforschen.

Man macht, insbes. Glaser[2]), in dieser Richtung zu Gunsten der Vertragsnatur geltend, daß es sinnlos erscheine, im Gesetz die Klaglosigkeit eines Verhältnisses auszusprechen, wenn aus ihm als einem tatsächlichen kein Rechtsanspruch entspringe. Bloße sittliche Pflichten könnten nicht die ausdrückliche Aufnahme des Ausschlusses der Klage rechtfertigen[3]).

Dieser objektiv richtige Gedankengang läßt, wenn er ohne jeden Vorbehalt angenommen werden kann, den Schluß zu, daß die Pflichten der Brautleute Rechtspflichten sind, und

1) Cramer S. 61; Esser S. 31; Goldmann-Lilienthal S. 4 Anm. 5.
2) Glaser S. 68.
3) Nathan S. 11; Glaser S. 33.

somit das Verlobtenverhältnis auch ein Rechtsverhältnis ist. Vorbehalte ergeben sich aber aus dem Werdegang der fraglichen Vorschrift, der bei der Würdigung des Arguments nicht außer Acht gelassen werden darf. Es ist bei der kurzen Darstellung der Vorarbeiten zum BGB. bereits dargelegt worden, daß die in Frage stehende Bestimmung nicht deshalb Gesetz geworden ist, um mit ihr die Vertragsnatur oder den Charakter als tatsächliches Verhältnis gesetzlich anzuerkennen — eine Frage, die ausdrücklich der Wissenschaft überlassen ist —, sondern um Zweifel bei einer sonst von Wissenschaft und Praxis zu lösenden Frage auszuschließen. Der in Frage stehende Gedankengang muß daher mit dem Vorbehalt versehen werden, daß der Ausschluß der Klagbarkeit eine Verwertung in angegebener Richtung auf Grund des innersten Motivs der Entstehung nicht verträgt. Damit werden die Ausführungen Glasers, obwohl objektiv richtig, hinfällig.

Aus demselben Grunde kann es auf sich beruhen bleiben, ob der von Endemann und Glaser aufgestellte Versuch[1]) überzeugend ist, aus dem Wortlaut des § 1297 Abs. 1 BGB., der nur die Klaglosigkeit ausspricht, im Gegensatz zu den §§ 656 und 772 BGB. (Spiel, Wette, Ehemaklerlohn), wo ausdrücklich gesagt ist, eine Rechtsverpflichtung werde nicht begründet, einen Schluß auf die verpflichtende Kraft des Verlöbnisses zu ziehen.

Der Abs. 1 des § 1297 vermag, wie aus der Erörterung hervorgeht, weder die eine noch die andere Ansicht überzeugend zu stützen.

Ebenso verhält es sich mit der Vorschrift des Abs. 2 des § 1297 BGB. Hier hat das Gesetz die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für unwirksam erklärt.

Die Unwirksamkeit wird zu Gunsten der Vertragsnatur

1) Endemann § 151, Nr. 11; Glaser S. 33 ff.

verwertet[1]), indem man aus dem ausdrücklichen Verbot des Strafversprechens im Hinblick auf den Grundgedanken der Vorschrift des § 344 BGB., welcher die Unverbindlichkeit der Konventionalstrafe bei unwirksamen Leistungen ausspricht, folgert, daß bei der Annahme der Verlobung als Tatsache sich bereits aus der Vorschrift des § 344 die Unverbindlichkeit eines Strafversprechens ergebe.

Das ist an sich richtig. Aber auch hier muß man sich die gesetzgeberischen Gründe vergegenwärtigen, um den inneren Wert der Beweisführung abschätzen zu können. Gewährleistung der Freiheit der Ehe und Beseitigung etwaiger Auslegungszweifel haben die Aufnahme der fraglichen Vorschrift im Gesetz veranlaßt. Die ausdrückliche, gesetzliche Festlegung ist umso notwendiger gewesen, als sich bereits in den Kommissionen, wie gezeigt worden ist, große Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Natur des Verlöbnisses ergeben hatten, eine Entscheidung aber, ob Vertrag oder tatsächliches Verhältnis, nicht getroffen werden sollte. Es ist daher die ausdrückliche Festlegung der Unwirksamkeit eines Strafversprechens wohl vereinbar mit der Annahme eines tatsächlichen Verhältnisses. Eine überzeugende Beweiskraft muß deshalb dem Argument abgesprochen werden, sodaß auch Abs. 2 des § 1297 BGB. weder für die eine noch für die andere Ansicht verwandt werden kann[2]).

II. Die Schadensersatzansprüche der Vorschriften der §§ 1298—1300 BGB. unter dem Gesichtspunkte der Tatsachen- oder Vertragsnatur.

Die bisherigen Erörterungen haben eine positive Entscheidung für die Vertrags- oder Tatsachennatur nicht ge-

1) Dittenberger S. 23; 129; Glaser S. 48; Cramer S. 19.

2) Planck. Im Ergebnis übereinstimmend IV, S. 9; Kunze S. 19.

zeitigt. Im folgenden soll nunmehr aus den Vorschriften der §§ 1298—1300 BGB. das Für und Wider einer Prüfung unterzogen werden. Vielleicht, daß sich hier überzeugende Gründe für die eine oder andere Ansicht ergeben, und zwar soll die Besprechung zunächst vom Standpunkt der einzelnen Tatsächlichkeitstheorien erfolgen.

1. Tatsächlichkeitstheorien.

Die einzig positiven Vorschriften im Verlöbnisrecht sind die Bestimmungen der §§ 1298—1300 über die Folgen eines ungerechtfertigten Verlöbnisbruches. Die Verletzung eines tatsächlichen Verhältnisses kann diese Folge nicht ohne weiteres nach sich ziehen. Knüpft der Gesetzgeber trotzdem an die Verletzung eines solchen Verhältnisses Rechtsfolgen, so müssen sie auf besonders rechtfertigenden Erwägungen beruhen. Die Tatsächlichkeitstheorien haben in der verschiedensten Weise versucht, eine Erklärung für sie zu finden.

a) Billigkeitstheorie.

Die einfachste Erklärung gibt die sog. Billigkeitstheorie[1]). Unter Hinweis auf die Motive und Protokolle zum BGB.[2]) sagt sie, daß die in §§ 1298—1300 gegebenen Schadensersatzansprüche positive Vorschriften seien, die ihren Grund in Billigkeitserwägungen finden.

Diese Erklärung trifft zweifellos zu; sie kann aber nicht befriedigen, weil schließlich alle Normen Billigkeitsnormen zum Schutze eines Interesses sind. Jus est ars aequi et boni! Die Theorie verzichtet auf eine wissenschaftliche Erklärung der juristischen Konstruktion des Verlöbnisses[3]). Mit Recht

1) Titze S. 10—19.

2) Mot. IV, S. 3; Prot. I, S. 5835.

3) Cohen S. 63; Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 6; Horning S. 68.

kann man mit Stutz aussprechen, daß die Billigkeitstheorie »eine Verlegenheitsauskunft ist, zu der wir nicht greifen dürfen, solange es eine Möglichkeit gibt, die Schadensersatzpflicht mit dem Wesen des Verlöbnisses zu verknüpfen«[1]).

b) Theorie der culpa in contrahendo.

Die von Jacobi[2]), von Matthiaß[3]) und Engelmann[4]) vertretene Theorie sieht in den gesetzlichen Schadensersatzverpflichtungen eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß. Sie geht von dem Gedanken aus, daß der Brautstand eine Probezeit für die Ehe sei, während der sich die Brautleute auf ihr gegenseitiges Übereinstimmen zu prüfen haben. Werde der Zweck dieses Brautstandes durch verschuldeten Rücktritt eines der Verlobten verletzt, so sei damit der Tatbestand einer culpa in contrahendo gegeben, da dann der Grundsatz zutreffe, »wer andere zu kostspieligen Maßnahmen veranlasse, die Folgen zu tragen habe, falls der Zweck durch sein Verschulden vereitelt werde«[5]).

Die Grundlage, auf die die Theorie aufgebaut ist, muß in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung als unrichtig zurückgewiesen werden. Der Brautstand dient nicht dazu, daß sich die Verlobten erst näher kennen lernen sollen. Wer sich verloben will, hat vorher zu prüfen, ob die Verlobung zu einer glücklichen Ehe führen kann. Durch das Verlöbnis soll die Ehe lediglich vorbereitet werden. Die Verlobungszeit muß sozusagen als Vorstadium der Ehe aufgefaßt werden. Der Entschluß zur Eheschließung wird auch nicht, wie die Vertreter des Probezeitdogmas, annehmen, erst während der Verlöbniszeit gefaßt, sondern durch den Verlobungsakt durch die sich Verlobenden zum Ausdruck gebracht. Darauf weist

1) Stutz S. 27, Anm. 4.
2) Jacobi S. 16.
3) Matthias II, S. 195, 225.
4) Engelmann S. 653.
5) Jacobi S. 19.

auch die Sitte hin, die den Verlobten einen nahen Verkehr gestattet, aber auch den, der ein Verlöbnis löst, meist mit einem Makel behaftet[1]).

Rechtlich verfehlt ist, mit dem Probezeitdogma die culpa in contrahendo zu verbinden.

Das Contrahere muß hier nämlich auf den Abschluß der Ehe gerichtet sein. Das Verlöbnis würde demnach als Vorverhandlung zu dem Eheabschluß zu betrachten sein, bei welcher der Verlobungsakt den Beginn der Vorverhandlungen und der Eheabschluß ihr Ende bedeuten würde. Solange nun aber Verhandlungen zwischen den Parteien gepflogen werden, ist eine culpa durch Rücktritt i. S. der culpa in contrahendo nicht denkbar, da diese den, wenn auch nichtigen Abschluß der Ehe voraussetzt. Auch liegt im Rücktritt überhaupt kein Verschulden, denn von Vertragsverhandlungen kann man jederzeit zurücktreten. Es steht dies im Belieben einer jeden Vertragspartei. Erleidet auch die andere durch den unbegründeten Abbruch der Verhandlungen Schaden, so kann sie ihn — es sei denn aus § 826 BGB. — nicht ersetzt verlangen, denn das Gesetz kennt nur vertragliche und die außervertragliche Haftung der unerlaubten Handlung. Einen allgemeinen Haftungsgrundsatz, wie ihn Jacobi zur Grundlage seiner Theorie macht, kennt das Gesetz nicht[2]).

Die Theorie steht überhaupt im Widerspruch mit dem Inhalt des Gesetzes. Nach der Vorschrift des § 1298 BGB. wird eine Haftung nicht begründet, weil »etwas noch nicht Bestehendes nicht Zustande kommt, sondern weil etwas Zustande Gekommenes rückgängig gemacht wird«[3]).

---

1) Glaser S. 3, Anm. 10; Stutz S. 28; Dittenberger S. 26.

2) Endemann § 151a, N. 50; Glaser S. 66, 69; Nathan S. 31; Dittenberger S. 26; Fronhausen S. 10; Cohen S. 64.

3) Stutz S. 29; Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 6; Hellmann S. 220.

c) Theorie des Garantieversprechens[1]).

Mit Hilfe der Konstruktion eines Nebenvertrages will eine weitere Theorie die Frage der Ersatzansprüche lösen[2]). Diese, die sog. Theorie des Garantievertrages, nimmt an, daß die Verlobten bei dem tatsächlichen Verlobungsakt einen selbständigen Nebenvertrag dahingehend schließen, daß jeder dem anderen den Schaden zu ersetzen habe, der durch seinen Rücktritt ohne wichtigen Grund dem anderen Teil entstehe. Die Verlobungserklärungen begründen hiernach neben dem tatsächlichen Verlobtenverhältnis eine rechtliche Nebenverpflichtung mit den Folgen der §§ 1298 ff. Schon daraus, daß die Theorie dem Eheversprechen einen Nebeninhalt unterstellt, an den die Parteien beim Abschluß des Verlöbnisses garnicht denken, geht hervor, daß sie den Lebensverhältnissen nicht entspricht. Die Annahme dieser Nebenabrede ist willkürliche Fiktion unter Verkennung des Wesens des Verlöbnisses[3]).

Nicht vermag die Theorie die Ersatzansprüche dritter Personen zu erklären. Man müßte sonst dem Nebenvertrage auch den Inhalt eines Vertrages zu Gunsten Dritter, vielfach sogar unbekannter und unbestimmter Dritter geben, oder vielleicht an den Abschluß eines selbständigen Vertrages zu Gunsten dieser Personen denken[4]).

Unvereinbar ist endlich diese Theorie mit der Vorschrift des § 1297 Abs. 2, nach der die Vereinbarung einer Konventionalstrafe untersagt ist. Eine Theorie, die stillschweigend den Parteien eine Vereinbarung für die Schadenshaftung unterstellt, muß auch gestatten, daß die Parteien ausdrück-

1) Diese Theorie wird von Stutz mit Unrecht zu den Vertragstheorien gezählt. Es handelt sich bei dem Vertrag nicht um das Verlobtenverhältnis, sondern um einen Vertrag unter Verlobten.

2) Planck hält diese Theorie für möglich. IV, 8.

3) Nathan S. 30; Stutz S. 30, 31.

4) Nathan S. 29.

lich hierüber ein Übereinkommen treffen können. Legen die Parteien aber eine bestimmte Höhe des Schadensersatzes fest, so hat diese Vereinbarung den Charakter eines Strafversprechens, verstößt mithin gegen die erwähnte gesetzliche Bestimmung.

Die Theorie ist abzulehnen.

d) Schutzgesetztheorie.

Eine vielfach vertretene Erklärung der Schadensersatzansprüche der §§ 1298—1300 BGB. entwickelt endlich die Schutzgesetztheorie[1]), die von Bunsen begründet ist. Hellmann und Nathan haben sie weiter ausgebaut und Leitzmann hält sie für möglich[2]).

Die Theorie sieht in dem ungerechtfertigten Rücktritt vom Verlöbnis und ebenso in der schuldhaften Veranlassung zum Rücktritt des anderen Verlobten eine unerlaubte Handlung. Diese bestehe in einem Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 1298—1300 BGB., die Schutzgesetze im Sinne der Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. seien: »Geschützt werden solle das Interesse, das der andere Verlobte daran habe, in der in ihm durch das Verlöbnis erweckten Erwartung auf den Eheabschluß nicht getäuscht worden zu sein[3]). Zwar ergebe sich die Ersatzpflicht bereits aus der Vorschrift des § 823 Abs. 2 selbst, aber mit Rücksicht auf die eigenartige Natur des Verlobtenverhältnisses und auf die sonst nicht zu begründende Verpflichtung, Eltern und dritten Personen Ersatz zu leisten, seien besondere Normen notwendig gewesen.

Hellmann begnügt sich zur Begründung seiner Theorie

1) Bunsen III, S. 10; Hellmann S. 220 ff.; Nathan S. 37; Leitzmann S. 113 ff.

2) Auszuscheiden haben hier alle Fälle, bei denen der Rücktritt sich ohne weiteres nach den allgemeinen Grundsätzen als unerlaubte Handlung darstellt, z. B. absichtliche Schadenszufügung.

3) Hellmann S. 220.

damit, an einigen konstruierten Beispielen auf die unbilligen Konsequenzen der Vertragstheorie hinzuweisen: »Eine solche Theorie muß falsch sein, das läßt sich behaupten, ohne daß man eine weitere Untersuchung anzustellen braucht«. Daß die Vertragstheorie bei Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Verträge insbesondere der Vorschriften über die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bei beschränkt Geschäftsfähigen in manchen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen kann, muß zugestanden werden. Nicht aber kann man mit Hellmann darin übereinstimmen, daß dies allein genüge, um eine seit Jahrtausenden herrschende Lehre ohne weitere Gründe einfach abzulehnen.

Gegen die Hellmann'sche Lehre ist von Stutz und Dittenberger[1]) zunächst der Einwand erhoben, daß die Theorie deshalb schon falsch sei, weil die Deliktshaftung vom Gesetzgeber abgelehnt worden sei. Sie beziehen sich auf die Motive Bd. 4, S. 3[2]), wo es heißt: »Rücksichten der Billigkeit, sowie die Rücksicht auf das im Volke lebende Rechtsbewußtsein und auf das geltende Recht, welches im Falle des ungerechtfertigten Rücktritts vom Verlöbnis überwiegend in größerem oder geringerem Umfange dem verletzten Teile einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt, sind jedoch bestimmend gewesen, in dem im § 1228 BGB. (jetzt 1298) bezeichneten Umfange für den Fall eines ungerechtfertigten Rücktritts vom Verlöbnisse einen Anspruch auf Schadensersatz ohne Rücksicht darauf anzuerkennen, ob im konkreten Falle der Rücktritt sich als ein Delikt darstellt.« Dem Einwand kann man nicht ohne weiteres Recht geben. Denn man muß mit der h. M. in erster Linie den Willen des Gesetzes für die Beurteilung der Frage, ob vertragliche oder außervertragliche Haftung (unerlaubte Handlung) vorliegt, für maßgebend halten, nicht

1) Stutz S. 28; Dittenberger S. 26; Staudinger IV, S. 8.

2) Vgl. auch Prot. I, 5835.

den Willen des Gesetzgebers, obwohl dieser zur Auslegung mit heranzuziehen ist. Der von Stutz und Dittenberger gebrachte Grund kann also nicht allein entscheidend sein. Außerdem ist gerade in diesem Falle, wie nachstehende Ausführungen zeigen werden, der Wille des Gesetzgebers so zweifelhaft, daß eine diesbezügliche Annahme nur mit größtem Bedenken begegnet werden muß. Denn als die Deliktsnatur des Verlöbnisbruches bei den Beratungen abgelehnt wurde, war ein anderer Deliktsbegriff im § 704 des ersten Entwurfes aufgestellt, wie er später Gesetz geworden ist; es ist also immerhin nicht gewiß, ob auch bei der neuen Fassung des Gesetzes der Gesetzgeber die Deliktsnatur abgelehnt haben würde[1]).

Zweifelhaft erscheint auch der von den Anhängern der Vertragstheorie, insbesondere von Stutz und Dittenberger vorgebrachte Einwand[2]), daß der Rücktritt vom Verlöbnisse nicht widerrechtlich sei, weil dieser jedem Verlobten freistehe. Eine unerlaubte Handlung verlange aber Widerrechtlichkeit.

Diese Beweisführung macht den Fehler, daß sie nicht scharf genug zwischen der unbedingten Möglichkeit und dem unbedingten Recht, vom Verlöbnisse zurückzutreten, unterscheidet[3]).

Die freie Rücktrittsmöglichkeit ist die logische Folge der Abschaffung des Erfüllungszwangs. Diese mußte der Gesetzgeber gewähren, da eine Bindung eines Verlobten an ein Verlöbnis, dessen Erfüllung er verweigert, unverständlich wäre.

Eine ganz andere Frage ist, ob der Gesetzgeber diese unbedingte Rücktrittsmöglichkeit zu einem unbedingten Recht erhoben hat. Ein ausdrückliches Rücktrittsrecht hat der Gesetzgeber nur in ganz bestimmten Fällen gegeben. Diese sind

1) Hellmann S. 220; Fronhausen S. 14.
2) Stutz S. 28; Cramer S. 15; Dittenberger S. 26.
3) Vgl. hierzu Wolff, Familienrecht § 6.

das Rücktrittsrecht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, oder wenn der andere Verlobte schuldhaften Anlaß gibt. Nur wenn diese Voraussetzungen zutreffen, ist der Rücktritt berechtigt. In anderen Fällen dagegen ist er unberechtigt, obwohl der Gesetzgeber auch durch einen derartigen Rücktritt das Verlöbnis auflöst. Ein unberechtigter Rücktritt ist aber widerrechtlich. Mithin ist die Beweiskraft des in Frage stehenden Arguments anzuzweifeln. Wenn die Schutzgesetztheorie durch die bisher besprochenen Einwände nicht widerlegt werden konnte, so ergibt sich jedoch ihre Unhaltbarkeit aus nachfolgenden Erwägungen.

Nach herrschender[1]) und richtiger Ansicht können sowohl privatrechtliche, wie auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere auch Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Schutzgesetze i. S. von § 823, Abs. 2 sein. Aber nicht jede privatrechtliche Vorschrift, die den Macht- oder Pflichtenkreis des Einzelnen zu bestimmen bezweckt, ist ein Schutzgesetz i. S. jener Bestimmung[2]). Zwar dienen diese Vorschriften auch zum Schutze des Berechtigten, aber nicht jede schuldhafte Verletzung einer solchen Bestimmung kann eine unerlaubte Handlung und somit jene Vorschriften Schutzgesetze gemäß § 823, Abs. 2 sein, da dies dem ganzen System des Bürgerlichen Gesetzbuches widersprechen würde. Vielmehr gehören hierher nur die privatrechtlichen Bestimmungen, bei denen der Zweck »einer besonderen Schutzgewährung gegen Rechtsverletzungen erkennbar ist«[3]), wie z. B. die Pflicht des Vereinsvorstandes zur Konkursanmeldung bei

1) Planck § 823, IV, 2d; Oertmann § 823, Anm. 46dd; Enneccerus I, 2 § 452, I.

2) Enneccerus I, 2 § 452, I, b.

3) Enneccerus I, 2 § 452, 1b. A. A. Cosack, der nur Gesetze des öffentlichen Rechts unter Schutzgesetzen versteht. Bürgerl. R. Bd. 1, S. 604.

Überschuldung des Vereins (§ 42 BGB.), die Vorschriften zu Gunsten der Dienstverpflichteten (§§ 617—619 BGB.), Verbot der Eigenmacht (§ 838 BGB.) u. a. m.

Nach der Schutzgesetztheorie sind nun auch die Vorschriften über den Verlöbnisbruch zu den Schutzgesetzen zu rechnen. Sie müßten also nach obigen Erwägungen den Zweck einer besonderen Schutzgewährung erkennen lassen. Diesem Erfordernis wäre genügt, wenn die Gesetzesvorschriften ein besonderes Verbot enthielten, wie es die Anhänger der Schutzgesetztheorie behaupten[1]). Sie legen nämlich in die in Frage stehenden Bestimmungen das Verbot, daß niemand ohne wichtigen Grund vom Verlöbnisse zurücktreten dürfe. Das Verbot bildet hiernach den Inhalt der Vorschriften, und ein Verstoß gegen dieses Verbot, muß sich also auch gegen den Inhalt der Vorschriften selbst richten. Das ist aber unrichtig. Denn wie der Wortlaut der Vorschrift des § 1298 BGB., »tritt jemand vom Verlöbnisse zurück, so hat er dem anderen . . . . den Schaden zu ersetzen«, erkennen läßt, ist ein ungerechtfertigter Rücktritt kein Verstoß gegen den Inhalt der Vorschriften, er bildet vielmehr nur die Voraussetzung für die in den Bestimmungen enthaltenen Folgen, oder wie Opet sich ausdrückt, ein Tatbestandsmerkmal der Vorschriften[2]).

Mithin kann in den Bestimmungen eine Festsetzung einer besonderen Schutzgewährung nicht erblickt werden. Es sind demnach auch diese Vorschriften keine Schutzgesetze i. S. von § 823, Abs. 2.

Gegen die Annahme einer unerlaubten Handlung spricht ferner, daß die Schadensersatzansprüche nach der Vorschrift des §§ 1298ff. auf das negative Interesse beschränkt sind. Weshalb hat der Gesetzgeber, wenn der Verlöbnisbruch ein Delikt ist, nicht das positive Interesse gewährt? Folgerichtig

1) Hellmann S. 220; Nathan S. 40; Cohen S. 11.

2) Opet-Blume S. 22; Wolff § 4, I, S. 16; Horning S. 72.

müßte dies der Fall sein, was aber zu unlöslichen Widersprüchen und unhaltbaren Folgen führen müßte. Man könnte vielleicht geneigt sein, die Erklärung im Wesen des Verlöbnisses und der Ehe zu finden. Dieser Gedanke ist jedoch zurückzuweisen, da sich eine mindere Schadensvergütung mit dem Charakter der gesetzlich normierten unerlaubten Handlung nicht verträgt. Unerlaubte Handlung ist eben unerlaubte Handlung und verlangt stets gleiche Bewertung. Die Schutzgesetztheorie läßt obige Frage ungelöst[1]).

Desgleichen läßt sie auch ungeklärt, warum nur eine Verjährungsfrist von zwei Jahren gegeben ist, während die Ansprüche aus unerlaubter Handlung in drei Jahren verjähren.

Weiterhin vermag man mit ihr eine Erklärung für die Schadensersatzansprüche der Eltern usw., also dritter Personen, nicht zu geben[2]). Nathan versucht es allerdings, indem er die Behauptung aufstellt, daß der Schutz des Gesetzes auch die Personen, die erfahrungsgemäß in wohlbegründetem Vertrauen auf das feste Band des Verlobtenverhältnisses im Interesse der Verlobten Vermögensopfer brächten, mitumfassen müsse.

Hierin liegt noch keine Begründung für den Anspruch der dritten Personen. Er läßt sich auch nicht aus dem Begriff der unerlaubten Handlung erklären, da das hier zu schützende Interesse sich nicht auf den Grundgedanken zurückführen läßt, um dessen willen bei Verlobten das Verlobtenverhältnis vor Verlöbnisbruch als einer unerlaubten Handlung geschützt werden soll; denn dieser fußt nach der Theorie darauf, daß der andere Verlobte in der Erwartung auf den Eheabschluß nicht getäuscht werden soll[3]), also auf dem sitt-

1) Dernburg, Bürgerl. Recht S. 22; Wolff S. 16 § 4, 1; Staudinger Vorbem. S. 6, II.

2) Nathan S. 47.

3) Vgl. Hellmann oben S. 30.

lichen Treuverhältnis. Dies besteht aber nur zwischen dem Verlobten und nicht zwischen einem Verlobten und den fraglichen dritten Personen. Der Schutz muß also auf anderen Erwägungen beruhen.

Schließlich scheitert die Schutzgesetztheorie an der Frage der Beweislast. Nach der Fassung des Gesetzes ist diese dem Beklagten aufzuerlegen. Die Schutzgesetztheorie aber muß, da nach ihr der Rücktritt vom Verlöbnisse verboten ist, dem verlassenen Verlobten die Beweislast dafür geben, daß der andere keinen wichtigen Grund zum Rücktritt gehabt hat[1]).

Aus alledem erhellt, daß die Schutzgesetztheorie nicht imstande ist, eine begründete Erklärung für die Schadensersatzansprüche der Vorschriften des § 1298 BGB. zu geben[2]).

Die besprochenen Theorien haben eine Rechtfertigung der an die Auflösung des Verlöbnisses geknüpften Folgen nicht gebracht, da ihnen allen schwerwiegende Bedenken gegenüberstehen. Man steht deshalb vor der weiteren Frage, ob die Vertragstheorie ihrerseits durch eine befriedigende Erklärung der Folgen der §§ 1298—1300 BGB. einen Grund für die Annahme der Vertragsnatur geben kann.

2. Vertragstheorie.

Nach der Vertragstheorie sind die kraft positiver Bestimmung festgesetzten Folgen eine mittelbare Rechtswirkung der Verletzung der durch die Verlobung begründeten unmittelbaren Rechtspflicht, die Ehe abzuschließen.

Als mittelbare Rechtswirkungen sind nun die für den Vertragsabschluß notwendigen Willenserklärungen meist nicht auf sie gerichtet. Es ist deshalb der Frage näher zu treten,

1) Glaser S. 63, 64.

2) Vgl. bezüglich § 1300 OLG. Entsch. 5, 86; Seuff. A. 58, N. 218, 61, Nr. 11; Gaupp-Stein I, Anm. 45 zu § 1.

ob bei einem Rechtsgeschäft die Willenserklärungen alle Rechtsfolgen umfassen müssen. Grundsätzlich ist dies der Fall, jedoch verbindet das Gesetz häufig auch mit rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen weitere Rechtsfolgen als die, welche die Parteien gewollt haben, sog. gesetzliche Nebenfolgen, z. B. für Eviktionen oder für Mängel beim Kauf, Übergang von Grunddienstbarkeiten bei Eigentumsübergang[1]). Man muß daher den Satz anerkennen, daß das Gesetz an unmittelbare und rechtsgeschäftliche Folgen weitere gesetzliche Nebenfolgen knüpfen kann, auf die die Willenserklärungen nicht gerichtet zu sein brauchen. Hiermit dürfte aber die oben gestellte Frage, ob die mittelbaren Rechtsfolgen der Vorschriften der §§ 1298ff. BGB. bewußt im Willen der Erklärenden gegenwärtig sein müssen, verneint werden.

Die Schadensersatzansprüche aus den in Frage stehenden Vorschriften können daher als vertragliche angesehen werden, vorausgesetzt, daß die sonstigen Erfordernisse vorhanden sind.

Man sucht allerdings ihre Vertragsnatur mit dem Einwand zu bekämpfen, daß sie die Beschränkung des Anspruches aus einem ungerechtfertigten Verlöbnisbruch auf das negative Interesse unerklärt lasse. Bei Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung zur Eheschließung müsse die Vertragsverletzung einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse begründen. Folgerichtig ist dies nach der Tendenz des Gesetzes. Indeß der geringe Umfang des Ersatzanspruches hat seinen guten Grund in dem Wesen der Ehe und muß deshalb als eine Ausnahme vom Prinzip aufgefaßt werden. Denn hätte der Gesetzgeber das ganze Erfüllungsinteresse gegeben, so würde mit ihm ein

1) Enneccerus § 136, A, 1a; Kohler geht noch weiter. Seine Auffassung ist, daß die Parteiabsicht auf den Rechtserfolg gleichgültig sei, daß die Rechtsfolgen vielmehr eintreten, weil die Rechtsordnung sie wolle. Kohler, Enzyklopädie Bd. 1, S. 58.

Zwang zur Eingehung der Ehe auf den zum Rücktritt gewillten Verlobten im Hinblick auf die evt. Höhe der Schadensvergütung ausgeübt werden können. Einen Zwang aber auf den Entschluß eines Verlobten zur Eheschließung auszuüben, widerspricht dem Grundgedanken des Verlöbnis- und Eherechtes. Wegen der Gewährung des negativen Interesses braucht also noch nicht die Natur des Verlöbnisses als Vertrag verneint zu werden.

III. Ergebnis.

Betrachtet man die bisherigen Erörterungen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die Tatsächlichkeitstheorie einerseits einen entscheidenden Grund für ihre Annahme nicht aufzuweisen hat, denn weder vermag sie gegen die Vertragsnatur überzeugende Beweisgründe vorzubringen, noch eine befriedigende Lösung der Rechtsfolgen der §§ 1298—1300 BGB. trotz der mannigfachen Versuche zu geben, noch vermag sie einen überzeugenden anderen Grund für sich sprechen zu lassen, daß andererseits die Vertragstheorie die Rechtsfolgen zu erklären vermag. Damit ist zugleich die Möglichkeit gegeben, die Vertragstheorie auf die weiteren Erfordernisse hin zu prüfen. Ergeben sich auch hier befriedigende Ergebnisse, so ist die Tatsächlichkeitstheorie zu Gunsten der Vertragstheorie zu verwerfen.

Jeder Vertrag verlangt, abgesehen von den allgemeinen Voraussetzungen über Geschäftsfähigkeit usw., übereinstimmende private Willenserklärungen, die gewollte rechtliche Wirkungen nach sich ziehen. Letzterer Punkt ist deshalb wesentlich, weil man Willensäußerungen ohne Rechtswirkungen die Eigenschaft als Rechtsgeschäft absprechen muß. An die Verlöbniserklärungen sind als unmittelbare Folgen die Verpflichtung zur Eheschließung und die Verpflichtung die Verlöbnistreue zu wahren geknüpft. Diese Wirkungen der Ver-

löbniserklärungen sind von den sich Verlobenden gewollt; denn eine Verlobung, die diese Folgen nicht haben soll, ist nicht denkbar. Erklärte, gewollte Rechtswirkungen sind weiterhin Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes. Indem diese in übereinstimmender Form von beiden Teilen abgegeben werden, handelt es sich außerdem um übereinstimmende Willenserklärungen. Somit liegen sämtliche Erfordernisse eines Vertrages vor. Die Verlobung ist mithin ein Vertrag.

Dies Ergebnis kann umsomehr befriedigen, als gegen die Tatsächlichkeitstheorie noch ein erhebliches Bedenken praktischer Art vorliegt. Denn bei ihrer Annahme müßte eine große Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des Verlöbnisrechtes bestehen. Nach der Tatsächlichkeitstheorie ist die Verlobung nur ein tatsächlicher Vorgang. Demgemäß wäre lediglich dem freien Ermessen und dem Taktgefühl des Richters die Entscheidung über das Vorliegen eines solchen Verlobungsvorganges anheimgegeben. Es ist nun unzweifelhaft, daß die Gesichtspunkte, nach denen das Bestehen oder Nichtbestehen beurteilt werden wird, bei jedem Richter ganz verschieden sein werden. Die Rechtsprechung wird infolgedessen ganz von einander abweichend ausfallen, und damit eine große Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden. Zwar wollen einige Anhänger[1]) der Tatsächlichkeitstheorie diese dadurch vermindern, daß sie wenigstens die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willenserklärungen in Anwendung bringen wollen, indem sie diese für das Verlöbnis als einen Willensakt auch für maßgebend halten. Eine derartige Ansicht ist unverständlich und in sich widerspruchsvoll. Die Vorschriften über Willenserklärungen beziehen sich nur auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, also auf Erklärungen, mit denen ein rechtlicher Erfolg beabsichtigt ist.

1) Matthiaß II, § 235, S. 96; Jacobi S. 19, 16; Leitzmann S. 27.

Vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheorie sind jedoch solche Willenserklärungen nicht gegeben. Die Frage, wann nach dieser ein gültiges Verlöbnis besteht, muß aus dem Wesen des Verlöbnisses selbst beantwortet werden[1]).

Die gefundene und als gerechtfertigt erkannte Vertragsnatur zwingt mit Rücksicht auf die familienrechtliche Materie den Charakter des Verlöbnisvertrages einer weiteren Prüfung zu unterziehen. Er ist nicht unbestritten. Man tritt, wie bereits früher erwähnt, teils für einen obligatorischen, teils für einen obligatorisch-familienrechtlichen, teils für einen rein familienrechtlichen Vertrag ein.

§ 6. Die Rechtsnatur des Verlöbnisvertrags.

I. Obligatorischer Vertrag.

Die Vertreter dieser Auffassung[2]) sehen in der Verlobung einen rein obligatorischen Vertrag, durch den sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts die Ehe versprechen, und bei dem sich die gegenseitige Verbindlichkeit in der Eheabschlußverpflichtung erschöpft. Sie stützen ihre Ansicht auf die frühere, reichsgerichtliche Rechtsprechung und auf die althergebrachte Anschauung des Verlobungsvertrages als eines obligatorischen Vorvertrages, eines pactum de contrahendo, zu der die Definition Florentins: Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum geführt hatte.

Allgemein betrachtet, muß es bedenklich erscheinen, die Verpflichtung zu dem Eheabschluß zum Gegenstand einer Obligation zu machen, da sie keinen Geldwert oder eine sich

1) Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 7; Dittenberger S. 24 Anm. 3; Glaser S. 29; Fronhausen S. 34.

2) Planck S. 8; Engelmann bei Staudinger S. 6; Neumann S. 2; Cramer S. 6.

auf einen Geldwert zurückführenlassende Leistung ist. Dieser Umstand wird auch vielfach zur Widerlegung der obligatorischen Natur des Verlöbnisvertrages vorgebracht[1]), indem man in den genannten Merkmalen den erschöpfenden Inhalt der Obligationen sieht. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so würde ohne weiteres die Theorie des obligatorischen Vertrages abzulehnen sein[2]).

Für die Ansicht spricht die heute geübte gesetzestechnische Scheidung der Rechte nach dem Objekt in obligatorische, sachenrechtliche und familienrechtliche. Diese Trennung ist dem römischen Recht entnommen, indem man daselbst die Rechte, »die uns eine Sache unmittelbar unterwerfen, Sachenrechte, die Rechte auf vermögenswerte Leistungen, Obligationen, die Rechte an Personen, soweit sie sich auf den Kreis von Personen beziehen, als Familienrechte bezeichnete«[3]).

Allein im römischen Recht ist die scharfe Scheidung bereits durchbrochen. Man unterwarf auch andere als nur Vermögensinteressen dem Schutz des Obligationenrechts. Z. B. konnte derjenige, dem ein öffentliches Standbild gesetzt war, bei Zerstörung oder Beschädigung desselben seinen Anspruch auf Wiederherstellung durch das Interdictum quod vi et clam geltend machen[4]). Ferner konnte aus einem Versprechen, einen Sklaven freizulassen, geklagt werden[5]).

Die Unterwerfung auch nicht vermögensrechtlicher Leistungen hat ebenfalls für das heutige Recht zu gelten, z. B. der Gestattungsanspruch, auf Wegnahme einer Einrich-

1) Dernburg II, § 84; Endemann § 109, § 147, 5; Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr. 41, 223; Oertmann S. 13.

2) Horning S. 74; Stutz S. 44; Endemann § 147, 5.

3) Stutz S. 44.

4) Vgl. Enneccerus § 225, II, 2; L. 11 § 1 D. quod vi 43, 24.

5) L. 54, D. mandati 17, 1, vgl. auch L. 3 § 13, D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

tung (vgl. §§ 258, 500, 547, 601, 997, 1049, 1216, 2125 BGB.), Anspruch auf Rückgewähr nach Beendigung des Nießbrauches (§ 1055 h. A.).

Man muß sogar noch weiter gehen und sagen, daß die Unterwerfung nichtvermögensrechtlicher Leistungen unter das Obligationenrecht ganz allgemein angenommen werden muß, da das Bürgerliche Recht absichtlich in der Vorschrift des § 241 vermieden hat, das Erfordernis eines geldwerten Interesses aufzustellen, und selbst das Prinzip nicht wahrt[1]). Man muß deshalb sagen, daß »jedes schutzwürdige Interesse Gegenstand einer Obligation sein kann«[2]). An sich steht somit nichts im Wege, die Verpflichtung der Verlobten zur Eheschließung als eine schuldrechtliche Obligation aufzufassen.

Trotzdem ist die Ansicht abzulehnen. Sie wird inhaltlich dem Verlöbnisse nicht gerecht. Nach ihr besteht zwischen Verlobten die Rechtspflicht, die Ehe zu schließen. Dahin gehören aber lediglich die äußeren Pflichten wie Mitwirkung zur Erlangung des Aufgebots, Besorgung der erforderlichen Papiere usw. Es ist nun offensichtlich, daß hiermit die Pflichten der Verlobten sich nicht erschöpfen. Die engen, persönlichen Beziehungen, die zwischen den sich Verlobenden zur Entstehung gekommen sind, bringen mancherlei innere Verpflichtungen mit sich, die sich nicht mit dem Begriff eines obligatorischen Vertrages vereinigen lassen, z. B. die üblichen Geschenke und sonstige Anstandspflichten. Sie lassen sich nicht diesem Begriff unterwerfen, da sie einzig und allein nach den Sätzen der Sitte und Moral beurteilt werden können. Obligatorische Verbindlichkeiten dagegen unterstehen in ihrer Beurteilung inhaltlich nur Treu und Glauben mit Rücksicht

1) Vgl. Seuff. Arch. 67, 307; RG. Vereinigter Ziv. Senat Bd. 72, 393; Crome § 141; Kuhlenbeck b. Staudinger S. 6; Planck S. 6; Matthiaß S. 325; Schollmeyer S. 3, N. 4.

2) Enneccerus § 225, II, 2.

auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB.). Sie können nicht das Recht in Anspruch nehmen, nach Sätzen der Sitte und Moral behandelt zu werden. Schon aus diesen Darlegungen geht hervor, daß die Annahme eines obligatorischen Vertrages dem Wesen des Verlöbnisses nicht gerecht wird. Die inneren Pflichten fallen nicht in seinen Rahmen. Daß aber diese inneren Pflichten Rechtspflichten sind und in den obligatorischen Vertrag hineinfallen müssen, folgt daraus, daß eine Verletzung der Verlöbnistreue unter Umständen den ganzen Vertrag beeinflußt.

Nach der Vorschrift des § 1299 kann nämlich ein Verlobter vom Verlöbnisse zurücktreten, wenn der andere Teil einen wichtigen Grund dazu gibt. Ein wichtiger Grund ist aber ohne Zweifel der Treubruch. Da nun nach allgemeinen Grundsätzen eine Vertragspartei nur das zu vertreten hat, was ihr Gesetz oder Vertrag auferlegt, so dürfte die Verletzung der Treupflicht bei der Annahme eines obligatorischen Vertrages nicht die Wirkung haben, Schadensansprüche für den anderen Verlobten zu erzeugen. Da das aber der Fall ist, so besteht in dieser Beziehung eine Rechtspflicht zur Treue.

Nun könnte man vielleicht dahin kommen und sagen, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die inneren Pflichten in den in Frage stehenden obligatorischen Vertrag hineingelegt werden müssen. Diesem Gedankengang ist jedoch entgegenzuhalten, daß ein Schuldner nur die Leistungen zu bewirken hat, die durch Vertrag von ihm übernommen sind. Andere Leistungen, insbesondere solche, die sich nach Sitte und Moral bestimmen, können nicht dem Vertrag nach § 242 BGB. unterschoben werden. Denn das würde den Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse widersprechen. Nach den Grundsätzen über Treu und Glauben kann somit eine Ausdehnung der Vertragspflichten auf die inneren Verpflichtungen nicht erfolgen.

Man ersieht aus den Darlegungen, daß die Theorie des obligatorischen Vertrages den sittlichen und sozialen Charakter und damit die familienrechtliche Seite des Verlöbnisses unbeachtet läßt. Sie verkennt das Wesen des Verlöbnisses und ist deshalb schon abzulehnen, ohne daß näher geprüft zu werden braucht, ob sich der Verlöbnisvertrag überhaupt als obligatorischer halten läßt.

II. Obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag.

Das sittliche und soziale Band, das zwischen Verlobten besteht, bringt die obligatorisch-familienrechtliche Theorie zur Anerkennung, indem sie das familienrechtliche Band des Brautstands als Ausfluß der obligatorischen Verpflichtung zur Eheschließung bezeichnet.

Dittenberger[1]) definiert die rechtliche Natur wie folgt: »Das Verlöbnis des Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Vertrag zweier Personen verschiedenen Geschlechts, durch welchen die Kontrahenten sich zur künftigen Eheschließung obligatorisch verpflichten, und welcher inhaltlich unter den Kontrahenten das familienrechtliche Band des Brautstandes begründet«. Die Theorie hat in der Wissenschaft eine Anzahl Anhänger gewonnen und auch in der Praxis Eingang gefunden[2]).

Indem die Theorie den Brautstand in Abhängigkeit von der obligatorischen Verpflichtung zur Eheschließung bringt, ist sie in juristischer Beziehung angreifbar. Denn es ist juristisch kaum erklärbar, wie aus einem obligatorischen Vertrag ein familienrechtliches Verhältnis entstehen kann, da gemeinhin einem obligatorischen Vertrag ein obligatorisches Verhältnis und einem familienrechtlichen Verhältnis ein familienrechtlicher Vertrag entspricht.

1) Dittenberger S. 59.

2) v. Scheurl S. 374—376: Opet-Blume S. 6; Wolff, Familienrecht § 4, II; RG. E. 29, S. 98.

Sie bietet auch für die Praxis große Schwierigkeiten. Wo soll die Grenze zwischen dem obligatorischen und familienrechtlichen Inhalt gezogen werden? Hinzu kommt, daß ein Richter, je idealer er über das Verlöbnis denkt, die familienrechtliche Seite desselben mehr in den Vordergrund stellen und demgemäß seine Entscheidung treffen wird. Welche Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung hierdurch entstehen, zeigen die folgenden, in der Praxis entschiedenen Rechtsfragen, nämlich die Frage nach dem Erfüllungsort und die Frage nach der Anwendung des internationalen Privatrechts.

Bei der Betonung der familienrechtlichen Seite ist als Erfüllungsort der Ort anzusehen, an welchem die Verlobten ihre familienrechtliche Lebensgemeinschaft beginnen wollen (so RG. E. Bd. 20, S. 333).

Legt man den größeren Wert auf das obligatorische Moment, so ist der Ort als Erfüllungsort maßgebend, an dem das Eheversprechen erfüllt wird, also dem Ort, wo das Standesamt der Eheschließung sich befindet. So RG. Bd. 23, S. 172.

Ferner, hebt man die familienrechtliche Seite hervor, so muß für das Verlöbnisrecht im internationalen Rechtsleben analoge Anwendung der für die Ehe gegebenen Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch Art. 13, 14 erfolgen[1]).

Mißt man dagegen dem obligatorischen Inhalt des Vertrages erhöhte Bedeutung bei, so muß nach dem örtlichen Recht des Erfüllungsortes entschieden werden (RG. E. 23, 176)[2]).

Den Vorzug, den die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Vertrages vor den rein obligatorischen dadurch

1) So Stutz S. 84; Schmidt-Habicht S. 13.

2) Weitere Entsch. RG. E. Bd. 7, 338; 20, 333; 29, 98; Seuff. Arch. Bd. 20, Nr. 1; Bd. 39, Nr. 163; Bd. 41, Nr. 21.

hat, daß sie auch die familienrechtliche Seite des Verlöbnisses zur Geltung kommen läßt, stehen, wie gezeigt wurde, auf der anderen Seite konstruktive Bedenken gegenüber. Über diese könnte man vielleicht hinwegsehen, wenn nicht die Beantwortung der bisher offen gelassenen Frage, ob die obligatorische Seite des Vertrages überhaupt anerkannt werden kann, zur völligen Ablehnung der Theorie führen müßte.

Ein Hauptgrundsatz im Recht der Schuldverhältnisse bildet die Freiheit der Vereinbarung durch die Parteien, Bestimmung des Inhalts und Umfangs eines jeden Schuldverhältnisses steht vollkommen in ihrem Belieben, es sei denn, daß gesetzliche Verbote oder ein Verstoß gegen die guten Sitten ihnen eine Begrenzung gebietet. Im Familienrecht dagegen ist der Inhalt eines jeden Vertrages ein für alle Mal durch Sitte und Recht bestimmt. Er unterliegt nicht der freien Parteivereinbarung. Diesen letzten Charakter zeigt nun auch der Verlobungsvertrag, da sein Inhalt unabhängig von den Erklärungen der Parteien ist. Er ist durch Sitte und zwingendes Recht inhaltlich fest umgrenzt.

Die Ähnlichkeit des Verlobungsvertrages mit familienrechtlichen Verträgen lassen auch folgende Erwägungen erkennen:

Im Ausschluß der Klage, der seinen Grund im Wesen der Ehe hat, ist der Gedanke verkörpert, daß die Verpflichtung der Verlobten auf Eingehung der Ehe auch von sittlichen Gedanken des Treuverhältnisses zwischen Familienangehörigen mit beherrscht wird. Daß dies nicht unrichtig ist, ergibt sich daraus, daß die Eingehung der Ehe, da nicht erzwingbar, lediglich von dem moralischen Pflichtgefühl der Verlobten, das seinen Grund in dem durch die Verlobung begründeten Angehörigkeitsverhältnis hat, abhängig ist. Nun besteht aber der Unterschied, zwischen Personenrechtsverhältnissen (Familienrecht) und Schuldverhältnissen gerade in der

verschiedenen Grundlage, daß bei Personenrechtsverhältnissen die über das Rechtsgebiet hinausragenden sittlichen Gedanken des Treuverhältnisses mitbestimmende Momente sind. Beim Verlobtenverhältnis beruht der Inhalt wesentlich, wie die ganzen bisherigen Erörterungen gezeigt haben, auf sittlichen Pflichten. Ferner ergreift es in ihren Wirkungen die ganze Person. Hierin ist wiederum ein charakteristischer Unterschied zwischen den persönlichen Rechtsverhältnissen des Familienrechts und den schuldrechtlichen Verhältnissen zu sehen; denn bei diesen geht die wirtschaftliche Zweckbestimmung lediglich auf die Befriedigung eines bestimmt begrenzten individualisierten Privatinteresses, während bei Personenverhältnissen der sittliche Gedanke und die Ergreifung der ganzen Person das Merkmal bilden. Die Richtigkeit dieser Erwägung erhellt aus einer Vergleichung des dem Anspruch auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zugrunde liegenden Interesses und der Verpflichtung einerseits mit der Leistung und dem Interesse eines schuldrechtlichen Verhältnisses andererseits. Bei diesem ist die Leistung das Mittel zur Befriedigung des Interesses des Gläubigers[1]), während bei jenem das Interesse sich gewissermaßen mit der Leistung selbst deckt. Denn hier besteht das Interesse in der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft und die Leistung in derselben Verpflichtung. Die eheliche Gemeinschaft wird um ihrer selbst willen beansprucht. — Diese letztere Erkenntnis läßt übrigens ebenfalls im Hinblick auf genau denselben Interessen- und Leistungsinhalt des Verlobtenverhältnisses und der damit begründeten in dieser Beziehung gleichen rechtlichen Gestaltung mit der rechtlichen inneren Konstruktion des Anspruchs auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft den Schluß zu, daß das persönliche Verhältnis des Verlobtenverhältnisses gleiche recht-

1) Enneccerus § 225, II.

liche Behandlung und Beurteilung wie das Ehegattenverhältnis verlangt.

Die gebrachten, bisherigen Erörterungen mit ihrem Ergebnis finden eine wesentliche Stütze einmal in der Tatsache, daß das Recht des Verlöbnisses im vierten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Familienrecht, geregelt ist, und nicht im Recht der Schuldverhältnisse, — letzteres würde auch dem ganzen inneren Empfinden widersprechen, — sodann in der im Volke lebenden Auffassung, daß das Verlobtenverhältnis ein familienrechtliches ist. Wie tief diese Anschauung im Volksbewußtsein lebt, erkennt man in den auf Wunsch der Bevölkerung hin ergangenen ministerialen Verordnungen[1]) »betreffend den Familiennamen der Bräute und deren Kindern gefallener oder verschollener Militärpersonen«. Das Volksbewußtsein verlangt in seinen Wünschen mit jenen Verordnungen eine Berücksichtigung der in ihm herrschenden Auffassung, daß die Braut und deren Kinder bereits zur Familie des anderen Teils auf Grund des Verlöbnisses gehöre.

Die oben gestellte Frage, ob der Anspruch auf Eheschließung ein obligatorischer oder familienrechtlicher sei, ist nunmehr dahin zu beantworten, daß man es mit einem familienrechtlichen zu tun hat.

Dieses Ergebnis vermag nicht entkräftet zu werden durch den Einwand, daß die Schadensersatzpflicht für den Fall des Rücktritts schuldrechtlichen Charakter habe[2]), da aus einem familienrechtlichen Verhältnisse auch schuldrechtliche An-

---

1) Pr. Erl. d. Min. d. Innern vom 15. 12. 1916, abgedr. im »Standesbeamten« Jahrg. 16, 34; Sächs. Erl. d. Min. d. Innern vom 7. 11. 1916; ebendas. 16, S. 252; Baden, Erl. d. Just.-Min. Zentr.-Bl. f. Vorm.-Wesen, Jugendger. und Fürsorge Nr. 14, 1916; Erl. i. Mecklenburg und Schwerin d. Min. d. Inn. und d. Just., abgedr. im »Standesbeamten« 17, 27.

2) Wolff § 4, 2.

sprüche entspringen können, z. B. Alimentationsforderungen, Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Guts bei Beendigung des Güterrechts[1]).

Es vermag auch weiterhin nicht entkräftet zu werden dadurch, daß die Zubilligung des Schadensersatzanspruches dritter Personen nur als auf Billigkeitsgründen beruhend gerechtfertigt werden kann, da ihre rechtliche Begründung an der gesetzlichen Konstruktion des Verlöbnisrechts bei allen Erklärungsversuchen scheitert.

Da nun für die Auffassung des obligatorisch-familienrechtlichen Vertrages durch den Nachweis, daß die Verpflichtung zur Eheschließung familienrechtlichen Charakter trägt, die Grundlage entzogen ist, so ist diese rechtliche Konstruktion zu Gunsten der Annahme eines rein familienrechtlichen Vertrages zu verwerfen.

III. Familienrechtlicher Vertrag.

Die Verlobung ist also ein familienrechtlicher Vertrag. Innerhalb seines Rahmens muß man die Auffassung des familienrechtlichen Vorvertrages und des familienrechtlichen Hauptvertrages unterscheiden.

Die durch den Vertrag begründete familienrechtliche Verpflichtung zur Eheschließung legt die Vermutung nahe, den Vertrag für einen familienrechtlichen Vorvertrag zu halten. Dieser Auffassungsmöglichkeit haben sich eine Reihe Schriftsteller nicht verschlossen und als Theorie zu begründen versucht[2]).

1. Familienrechtlicher Vorvertrag.

Das Wesen eines Vorvertrages besteht in der durch übereinstimmende Willenserklärungen hervorgerufenen Verpflichtung

1) Enneccerus § 225, I, 3.

2) Horning S. 83; Kunze S. 52; früher auch Endemann § 151a.

zur Mitwirkung beim Abschlusse des zukünftigen, genau bestimmten Hauptvertrages. Das Charakteristikum des Vorvertrages liegt also in der Begründung eines Verpflichtungsverhältnisses, das einen bestimmten, aus dem Vorvertrage ersichtlichen Inhalt hat. Es entsteht die Frage, ob ein derartiges Verpflichtungsverhältnis familienrechtliche Natur haben kann. Von den Anhängern der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages wird das behauptet, indem man zum Beweise der Behauptung auf folgende Ausführungen Degenkolbs verweist. Dieser schreibt nämlich in seiner Abhandlung »Zur Lehre vom Vorvertrage« im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 gelegentlich der Umschreibung der Anwendungssphäre des Vorvertrages[1]): »Rein à priori betrachtet, reicht sie soweit, als der Begriff des Vertrages. Daraus ergibt sich, wenn nicht für das pactum de contrahendo so doch für den Begriff des Vertrages, daß er sich auf die Zusicherung obligatorischer Verträge nicht beschränkt. Er kann sich auf den Abschluß dinglicher Verträge richten, er kann sich auch auf den Abschluß familienrechtlicher Verträge beziehen. Es bedarf nur der Erinnerung an das Versprechen der Tradition im Verhältnis zur Übergabe oder an das Eheverlöbnis im Verhältnis zur Eheschließung.«

Wie die Anhänger des familienrechtlichen Vorvertrages in die Ausführungen Degenkolbs den Sinn legen können, daß ein Vorvertrag zu einem familienrechtlichen Vertrag auch familienrechtlichen Charakter habe, ist unerfindlich. Degenkolb will doch nur besagen, daß Vorverträge zu familienrechtlichen Verträgen möglich sind, da er nur die Anwendungssphäre des Vorvertrages umschreiben will. Daß es Vorverträge auch zu familienrechtlichen Hauptverträgen gibt[2]),

1) Degenkolb S. 20. Vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, S. 27.

2) OLG. E. 53, 260; OLG. E. 2, 178; RG. E. 62, 411; 64, 186; 86, 30.

z. B. Vorvertrag mit der Verpflichtung, einen Güterrechtsvertrag abzuschließen (RG. E. 48, 186) oder zu ändern (RG. E. 68, 322), Vorvertrag mit der Verpflichtung, eine Person zu adoptieren[1]), ist anerkannten Rechts. Aber alle diese Verträge sind rein obligatorischer Natur. Sie enthalten die Verpflichtung zu einer bestimmten, individualisierten Leistung. Bei der Verlobung ist dies aber nicht der Fall. Hier umfaßt der Vertrag auch noch andere Pflichten als die bestimmte Pflicht zur Eheschließung, dem Zweck des Vorvertrages.

Vielfach wird zur Ablehnung des familienrechtlichen Vorvertrages vorgebracht, daß der Verlobung der Sicherungszweck ermangele, der ausgesprochene Zweck eines jeden Vorvertrages sei[2]). Dieser Beweisgrund ist nicht stichhaltig, weil dem Verlöbnis, wenn man ihm Sicherungszweck unterstellt, was unentschieden bleiben kann, die Einklagbarkeit entzogen ist und damit der Sicherungszweck niemals zur Erkennung kommen kann. Denn aus der unterbliebenen Eheschließung wird niemals ein Schadensersatzanspruch entspringen, mit dessen Vorliegen allein der Sicherungszweck nachweisbar ist. Die im § 1298 zugebilligten Schadensersatzansprüche können nicht als Folgen des Sicherungszweckes anerkannt werden[3]), denn sie sind nicht gegeben, weil etwas Zukünftiges, die Eheschließung, gleich Inhalt und Zweck des Vorvertrages, unterblieben ist, sondern weil etwas Gegenwärtiges rückgängig gemacht wird. Ein Verlobter, der nicht vom Verlöbnisse zurücktritt, aber auch die Eheschließung verweigert, kann nicht zum Schadensersatz herangezogen werden, weil er die Ehe nicht schließt, sondern höchstens, weil er mit der Weigerung dem anderen Teil einen wichtigen Grund zum Rücktritt gibt, also

1) Endemann § 152a, S. 56; Nathan S. 72; Glaser S. 83; Staudinger hält ihn wegen Verstoß gegen die guten Sitten für nichtig.

2) Stutz S. 34, 35.

3) Leitzmann S. 77.

die Aufhebung eines gegenwärtigen Rechtszustandes schuldhaft veranlaßt.

Ein Einwand kann ferner gegen die Vorvertragstheorie nicht aus der verschiedentlich behaupteten Notwendigkeit des Verlöbnisvorvertrages als Voraussetzung der Ehe hergeleitet werden[1]), da ein Verlöbnis keineswegs unbedingte Voraussetzung einer vollgültigen Ehe ist. Freilich geht nach Sitte und Brauch jeder Ehe eine Verlobung voraus, aber juristisch wird dies keineswegs verlangt. Es erhellt dies deutlich aus dem Umstande, daß eine Ehe vollgültig ist, auch wenn das Verlöbnis aus irgend einem Grunde der Wirksamkeit entbehrt, wie z. B.: wenn Verlöbnis und Ehe ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen sind, so wird durch eine Bestätigung der Eheschließung gemäß § 1331 BGB. die Ehe vollgültig, das Verlöbnis bleibt aber unwirksam; oder wenn das Verlöbnis gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist, so ist dennoch die Ehe gültig[2]).

Eine Berufung auf die Bestimmung des § 1317 BGB. zum Beweise des hier bekämpften Standpunkts ist rechtlich unhaltbar[3]). In dieser Vorschrift heißt es: »Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß 'Verlobte' vor einem Standesbeamten persönlich bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären . . . . .« Daß der Gesetzgeber in dieser Bestimmung das Wort »Verlobte« gebraucht, ist nur wegen der Kürze des Ausdrucks geschehen. Mehr in das Wort hineinlegen zu wollen, bedeutet eine »methodisch anfechtbare Pressung des Wortlautes«[2]). Die Unrichtigkeit der Auffassung von Stutz ergibt sich, wie Wolff darlegt, aus dem in der Vorschrift des § 1310, Abs. 2 BGB. enthaltenem Verbot der Eheschließung zwischen Personen, von denen die eine mit Eltern, Voreltern, Abkömm-

1) Stutz S. 24; Dittenberger S. 16; Nathan S. 71; Kunze S. 58.
2) Wolff § 4, III S. 18.
3) Stutz S. 24 ff.

lingen der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat, in Verbindung mit der Tatsache, daß eine Verlobung zwischen solchen Personen als verbotswidrig nichtig ist. Findet die Eheschließung statt, so müßte nach Stutz die Ehe gemäß § 1324 BGB., der besagt, daß eine Ehe nichtig ist, wenn bei der Eheschließung die im § 1317 BGB. vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist, nichtig sein, da die Eheschließenden die Eigenschaft als Verlobte nicht besessen haben, dieselbe nach der Beweisführung von Stutz aber Voraussetzung des § 1317 BGB. ist. Die Ehe ist aber gültig.

Schließlich könnte man gegen den familienrechtlichen Vorvertrag, falls man sich mit der heutigen Praxis[1]) auf diesen Standpunkt stellen will, noch anführen, daß die Verlobung als Vorvertrag in formeller Beziehung die Form des Hauptvertrages benötigen würde.

Damit dürfte der Theorie genügend Erwähnung getan sein. Sie ist abzulehnen, weil sie von der unrichtigen Voraussetzung ausgeht, daß ein Vorvertrag auch familienrechtlichen Charakter hat.

2. Familienrechtlicher Hauptvertrag.

So bleibt nur noch die Auffassung zu besprechen, daß die Verlobung ein selbständiger familienrechtlicher Vertrag ist. Seine Rechtfertigung ergibt sich aus dem bisherigen Inhalt der Abhandlung. Im nachfolgenden sind jetzt noch Zweifelsfragen zu besprechen, die den Inhalt des familienrechtlichen Vertrages als solchen betreffen, und die mehr oder minder nach der einen oder anderen Seite vertreten werden. Zunächst herrscht Streit darüber, welchen Zweck und damit welche Verpflichtung die Verlobung verfolgt.

Nach Stutz[2]) wollen die Parteien nicht die Ehe, sondern

1) RG. E. 53, 260.
2) Stutz S. 47.

nur das Verhältnis des Brautstandes begründen. Er definiert deshalb die Verlobung als die gegenseitige Erklärung zweier Personen verschiedenen Geschlechts, miteinander in bräutliche Gemeinschaft treten zu wollen. In dem Verlobtenverhältnis sieht er »eine bräutliche Lebensgemeinschaft« der Verlobten, die er als »die Verbindung von Mann und Frau zu beschränkter, den Abschluß der Ehe zwischen ihnen vorbereitende Lebensgemeinschaft« kennzeichnet. Stutz tritt mit der subjektiven Loslösung der Verlobung von der Eheschließung im Gegensatz zu der herrschenden Lehre, daß der Verlobungsvertrag auf den Abschluß der Ehe und auf die Begründung des Brautstandes gerichtet ist.

Es ist einleuchtend, daß der konstruktive Aufbau seiner Theorie große Vorzüge aufweist; da sich die Wirkung des Verlobungsvertrages in der Schaffung des Brautstandes erschöpft, so ist z. B. ohne Schwierigkeiten die Versagung einer Klage auf Eheabschluß und auf das Erfüllungsinteresse zu erklären. Auch ist das Verbot eines Strafversprechens ohne weiteres verständlich.

Trotz dieser zweifellos vorhandenen Vorzüge muß die Theorie entschieden zurückgewiesen werden, denn sie ist dem Leben vollkommen fremd und entspricht in keiner Weise den wirklichen Verhältnissen. Welches ist denn der Sinn der Verlobungserklärungen? Er besteht doch darin, daß sich die Brautleute Treue für alle Zeiten versprechen mit der Absicht, dies durch Herbeiführung möglichst enger Lebensbeziehungen zum Ausdruck zu bringen. Die Verwirklichung findet ihre Absicht zunächst im Brautstand und dann in der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft durch Eheschließung. Ihr Wille ist deshalb auch auf beides gerichtet, nicht nur auf den Brautstand.

Wie wenig die Auffassung von Stutz mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt, zeigen auch die Aus-

führungen Dittenbergers[1]), indem er darauf hinweist, was ein Freier zu dem Vater des geliebten Mädchens sagt, wenn er um die Hand der Tochter anhält. Der Freier wird nicht fragen: »Wollen Sie mir Ihre Tochter zur Braut geben?«, sondern die Frage wird lauten: »Wollen Sie mir Ihre Tochter zur Frau geben?«.

Die Theorie von Stutz nimmt dem Verlöbnis auch den hohen sittlichen Wert, indem sie es zu einem bloßen Liebesverhältnis herabwürdigt. Eine scharfe Unterscheidung zwischen Verlobten- und Liebesverhältnis ist nicht mehr möglich. Das Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Liebschaft und Verlöbnis besteht gerade darin, daß sich die Brautleute gegenseitig ernstlich ihren Willen kund tun, einander zu heiraten[2]). Die Sitte vermag allein kein genügendes Unterscheidungsmerkmal abzugeben[3]). Das äußere Symbol des Ringwechsels kann nicht als untrügliches Zeichen einer Verlobung angesehen werden, da hiermit vielfach Unfug getrieben wird. Auch die Sitte, eine Verlobung öffentlich bekanntzumachen, kann nicht als Merkmal des Unterschieds betrachtet werden, da dieselbe nur in einer kleinen Schicht der Bevölkerung besteht. Noch viel weniger vermag die Bezeichnung »Braut« als hinreichendes Unterscheidungsmerkmal zu gelten. Wenn alle diese genannten äußeren Gebräuche zur Unterscheidung genügen würden, so würde der Umgehung von Gesetzesvorschriften, wie z. B. des Zeugnis- und Eideszwanges, Tür und Tor geöffnet sein. Es muß eine scharfe Grenze zwischen Liebschaft und Verlöbnis gezogen werden; diese kann nur in einem ernst gemeinten Eheversprechen gefunden werden.

Abweichend von der Auffassung von Stutz glaubt Glaser, der im übrigen der Theorie von Stutz folgt, daß die Brautleute in dem Willen, sich zum Brautstande zu verbinden,

1) Dittenberger S. 53.
2) Wolff § 5, S. 19. 3) Stutz S. 22 a. M.

auch den Willen und den Entschluß künftiger Ehe haben, jedoch mit der rechtlichen Einschränkung, daß eine rechtliche Verpflichtung zur Eheschließung durch den Verlobungsvertrag nicht begründet wird. Glaser stützt seine Ansicht[1]) auf den Umstand, daß beim Verlobungsakt in den seltensten Fällen ein Versprechen der Ehe stattfinde. Ihm ist entgegenzuhalten[2]), daß bei einem Verlöbnis das Versprechen der Eheschließung so selbstverständlich ist, daß es eines besonderen ausdrücklichen Versprechens nicht mehr bedarf. Jedermann weiß, daß, wenn zwei Personen sich verloben, sie die Ehe miteinander eingehen wollen. Wozu also noch das ausdrückliche Versprechen? Die Kundgabe des Entschlusses, sich zu heiraten, hat somit nicht bloß die Bedeutung einer Mitteilung, einer rechtlich nicht verpflichtenden Willenseinigung, vielmehr auch des wechselseitigen Eheversprechens. Übrigens vollzieht sich auch bei dem Abschluß anderer Verträge das Versprechen, etwas zu tun, selten in der Form eines ausdrücklichen Versprechens, ohne daß jedoch irgend jemand Zweifel an dem verpflichtenden Charakter der Kundgebung hat. Aus diesen Darlegungen darf aber nun nicht gefolgert werden, wie es Glaser tut, daß jede Kundgabe eines Entschlusses, etwas zu tun, mit einem Versprechen identisch sei. Glaser sagt, daß z. B. dann ebenfalls die Eheschließung ein in der Abgabe von Versprechen sich abspielender Akt sein müsse; denn auch sie stelle sich dar als die seitens jeder der Brautleute abgegebene Erklärung des Entschlusses, miteinander die Ehe eingehen zu wollen. Dieses ist unrichtig, wie das Beispiel selbst erkennen läßt; denn die Erklärung der Brautleute geht auf ein gegenwärtiges Tun, ein Versprechen enthält aber immer ein Tun in der Zukunft.

Eine ähnliche Auffassung wie Glaser vertritt auch das

1) Glaser S. 87.

2) Vgl. zu diesen Ausführungen Kunze S. 51.

Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 80, S. 88 ff. Nach ihm ist »die rechtliche Bedeutung des Verlobungsvertrages nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Eheschließung, sondern die Willenseinigung über das gegenseitige Versprechen der künftigen Verheiratung und die behufs seiner Verwirklichung erfolgende Begründung des Brautstandes«. Das Reichsgericht glaubt wegen der Klaglosigkeit und aus dem freien Rücktrittsrecht der Verlobten jede Verpflichtung zur Eheschließung ablehnen zu müssen. Die Klaglosigkeit berechtigt, wie bereits oben gesagt wurde[1]), nicht zu dem überzeugenden Schluß, daß keine Verbindlichkeit zur Eheschließung zwischen den Verlobten entsteht. Die Vorschrift des § 1297, Abs. 1 BGB. spricht lediglich aus, daß aus einem Verlöbnisse nicht geklagt werden kann. Auch das freie Rücktrittsrecht rechtfertigt nicht die Folgerungen des Reichsgerichts. Goldmann-Lilienthal weist mit Recht darauf hin[2]), daß auch ein Beauftragter jederzeit den Auftrag kündigen könne[3]), obwohl er zur Ausführung des Auftrags verpflichtet sei[4]). Im übrigen ist auf die Darlegungen des Abschnittes hinzuweisen.

So muß denn an der Auffassung festgehalten werden, daß der Verlöbnisvertrag eine Verpflichtung zur Eheschließung enthält und auf die Begründung des Brautstandes gerichtet ist[5]). In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht sagt auch das Reichsgericht (Bd. 59, S. 103): »Das Verlöbnis erschöpft sich nicht in dem für die Zukunft gegebenen Eheversprechen, sondern ist auch auf Herstellung eines für die Gegenwart wirkenden familienrechtlichen Verhältnisses wechselseitiger Abhängigkeit gerichtet. Das Verlöbnis ist also ein

1) Vgl. S. 24.

2) Goldmann-Lilienthal S. 4, N. 5.

3) § 671 BGB. 4) § 662 BGB.

5) Endemann S. 56; Dernburg S. 24; Schmidt-Habicht S. 7; ähnlich Cosack § 311, S. 532, 533.

familienrechtlicher Hauptvertrag, durch den sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts zum Brautstand verbinden und durch welchen sie sich zur Eheschließung miteinander verpflichten.« Diese Ansicht wird dem Wesen des Instituts gerecht und entspricht der Volksanschauung.

Mit wenigen Worten ist noch das Verhältnis des familienrechtlichen Verlöbnisvertrages zu den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ins Auge zu fassen. Ein tieferes Eingehen auf die hier auftauchenden Fragen fällt außerhalb des Rahmens der Abhandlung.

Grundsätzlich haben alle allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die das Gesetz für Rechtsgeschäfte und Verträge aufgestellt hat, zum mindestens analog auch auf den familienrechtlichen Verlöbnisvertrag Anwendung zu finden[1]). Es sei denn, daß die besondere Natur des Verlöbnisses einen Ausschluß verlangt[2]). Besonders bestritten ist, ob die Vorschriften §§ 107 ff. BGB. und die Anfechtungsvorschriften über Willenserklärungen auf den Verlobungsvertrag anwendbar sind.

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wie sie nach § 107 verlangt ist, führt zwar in manchen Fällen zu Unbilligkeiten. Sie können jedoch in vielen Fällen dadurch beseitigt werden, daß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen nachträglich das in der Schwebe befindliche Verlöbnis genehmigt, wenn es z. B. von dem anderen volljährigen Verlobten aufgelöst wird. Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft. Ein gesetzlicher Vertreter kann dadurch dem Minder-

1) Glaser S. 27; Oertmann zu § 107; Stutz S. 82; Schmidt-Habicht S. 26, 27; Dittenberger S. 140. RG. E. 61, 270; 80, 88; JW. 1906, 9; OLG. E. 8, 328; 11, 276; a. M. Dernburg, Bürgerl. R. IV S. 24; treffend dagegen RG. E. 61, S. 272.

2) z. B. Unmöglichkeit, Verzug, Stellvertretung.

jährigen seine evtl. Ersatzansprüche wahren[1]). Insbesondere können durch die nachträgliche Genehmigung vielfach die Defloration sansprüche aus § 1300 BGB. dem treulos verlassenen, minderjährigen Mädchen erhalten werden. Durch die Genehmigungserklärung, die bereits in der Erhebung der Klage erblickt werden kann, kommt mit rückwirkender Kraft ein Verlöbnis zustande, das zwar längst wieder aufgehoben worden sein kann, das dann aber zur Zeit der Beiwohnung bestanden hat, denn dies ist die Voraussetzung für den Anspruch aus der Vorschrift des § 1300 BGB.[2]).

Die Anfechtungsvorschriften für Willenserklärungen können für das Verlöbnis nicht in Betracht kommen, da durch die besonderen Vorschriften des Rücktritts die Auflösung des Verlöbnisses eine eingehende erschöpfende Regelung gefunden hat. Die Vorschriften der §§ 1298—1300 BGB. über den Rücktritt sind als lex specialis zu den allgemeinen Anfechtungsvorschriften anzusehen. Als lex specialis haben diese Vorschriften der lex generalis vorzugehen[3]).

III. Abschnitt.

Schluß.

§ 7. Einheitlichkeit des Verlöbnisbegriffes im Rechtssystem.

Im Laufe der vorliegenden Abhandlung ist des öfteren im Zusammenhang mit dem Verlöbnisrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Verwendung des Begriffs »Verlobte«

1) OLG. E. 15, 395.

2) RG. E. 61, 271.

3) So Goldmann S. 432; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. IV, § 6; Dittenberger S. 160. A. A. Cramer S. 60; Enneccerus-Lehmann II, S. 397; Neubecker S. 264.

im öffentlichen Recht (Strafrecht, Strafprozeß und Zivilprozeß) verwiesen. Eine ausdrückliche Begriffsbestimmung dieses Ausdruckes findet man aber im öffentlichen Recht nicht. Es wird sich daher noch fragen, ob der in dieser Abhandlung für das bürgerliche Recht gefundene Begriff auch für das öffentliche Recht verwendet werden kann oder gar verwendet werden muß. Beides wäre ausgeschlossen, wenn das öffentliche Recht selbst einen allgemeinen Begriff ausgebildet hätte, der gewohnheitsmäßig Eingang gefunden hätte und heute noch Geltung haben müßte. Nun hat in der Tat in der Zeit vor 1900 abweichend vom damaligen bürgerlichen Recht im öffentlichen Recht ein juristisch-technischer Verlobtenbegriff gegolten, der über den erkannten Begriff des bürgerlichen Rechts hinausgehend mehr auf das natürliche Empfinden, auf die allgemeine Volkssitte und auf die religiösen Gebote abgestellt war, indem man die Verschiedenheit damit begründete, daß man den Begriff des Verlöbnisses im öffentlichen Recht nur auf jenen Gebieten, nicht innerhalb der mehr oder weniger willkürlich erscheinenden, auf Sicherheit gehenden Normen des bürgerlichen Rechts suchen dürfe[1]); ferner damit, daß man auf die Verschiedenheit des Verlöbnisrechtes in den einzelnen Bundesstaaten hinwies, da es für einen Richter nicht angängig gewesen sei, zwecks Entscheidung einer Straf- oder Prozeßrechtssache, für die Reichsrecht zur Anwendung gelange, auf die Vorschriften einzelner Landesgesetze zurückzugreifen, anstatt einen allgemeinen für das ganze Reich gleichmäßig geltenden Grundsatz anzunehmen[2]) [3]).

Infolge der Ausbildung des besonderen Begriffs ist nun

1) RG. E. in Strafs. 10, 117; 14, 7; 24, 155.

2) RG. E. in Strafs. 35, 49; 40, 420; Recht 1905, S. 585, Nr. 28, 96 halten den früheren Begriff f. d. heutige Strafrecht aufrecht.

3) RG. E. in Strafs. 6, 51.

der Frage näher zu treten, ob dieser heute noch gilt. Man könnte zunächst an den Art. 4 zum EG. z. BGB.[1]) zur Lösung der in Erörterung stehenden Frage denken, da grundsätzlich dem Sinn dieser Vorschrift die Bedeutung gegeben werden muß, daß allgemein rechtliche Begriffe aus dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sind. Es folgt das aus Art. 33 des EG. z. BGB.[2]), der soweit er die Begriffe »Verwandtschaft« und »Schwägerschaft« erwähnt, als Interpretation des Art. 4 aufzufassen ist. Jedoch verlangt Art. 4 eine Verweisung auf ein durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehobenes Gesetz. Hieran scheitert die Anwendbarkeit im vorliegenden Falle, da der fragliche Verlöbnisbegriff im öffentlichen Reichsrecht als Spezialbegriff ausgebildet ist und deshalb eine Verweisung — weder ausdrücklich noch stillschweigend[3]) — auf ein anderes Gesetz nicht enthält.

Ganz allgemein betrachtet, dürften nun für die Aufrecht-

1) Art. 4 bestimmt: Soweit in Reichsgesetzen oder Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen wird, welche durch das Bürgerl. Gesetzbuch oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des BGB. oder dieses Gesetzes.

2) Art. 33 bestimmt: Soweit im Gerichtsverfassungsgesetz in der Ziv.-Proz.-Ordnung und Strafproz.-Ordnung und einigen anderen zivilprozessualen Gesetzen an die Verwandtschaft oder Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, finden die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuches über Verwandtschaft oder Schwägerschaft Anwendung.

3) Daß auch stillschweigende Verweisungen hierher gehören, ist anzunehmen, da gerade in ihnen wegen der früher mannigfaltigen Verschiedenheit einzelner Rechtsbegriffe, denen aber eine ausdrückliche Verweisung mangelt, im Hinblick auf die durch das Bürgerl. Gesetzbuch begründete Einheitlichkeit des Begriffs der Schwerpunkt ruht. Die Fassung des Artikels steht wegen ihrer Allgemeinheit nicht entgegen (ebenso Staudinger Bd. 6, Art. 4, II).

erhaltung des vor 1900 angewandten Verlobtenbegriffs keine Gründe mehr vorliegen. Die rechtspolitischen Erwägungen, die dem früheren Recht zugrunde liegen, lassen die Trennung des Verlobtenbegriffs im öffentlichen Recht von den im Privatrecht heute nicht mehr als gerechtfertigt erscheinen, da im heutigen bürgerlichen Recht ein Verlobtenbegriff ausgebildet ist, der auch die ethische Seite des Verlöbnisses unter Beobachtung der Volksanschauung berücksichtigt. Den über den heutigen Begriff des bürgerlichen Rechts hinausgehenden Inhalt des früheren Begriffs, — indem er auch die Liebschaft umfaßt, — zu schützen, liegt kein Grund vor. Desgleichen trifft das vom Reichsgericht für seine Auffassung früher angeführte Argument, daß infolge der Verschiedenheit des Verlobtenbegriffes in den Landesgesetzen für das öffentliche Recht als Reichsrecht nur der allgemeine Begriff des früher geltenden Reichsrechts in Betracht kommen könne, nicht mehr zu, weil jetzt für das gesamte Rechtsgebiet ein einheitlicher bürgerlich-rechtlicher Begriff gilt. Die Gründe, die für die frühere Auffassung maßgebend gewesen sind, treffen somit heute nicht mehr zu. Deshalb ist weiter die Frage zu prüfen, ob sich aus Art. 32, Satz 2 des EG. z. BGB.[1]) die Aufhebung des früheren Verlobtenbegriffs ergibt. Dies wäre der Fall, wenn Art. 33 analog auf den Verlobtenbegriff Anwendung finden könnte.

Dieser Artikel benennt lediglich die familienrechtlichen Begriffe, »Verwandtschaft und Schwägerschaft«; per argumentum e contrario darf hieraus nicht geschlossen werden, daß der Verlobtenbegriff überhaupt nicht aus dem bürgerlichen Recht entnommen werden dürfe. Daß die Begriffe: Verwandtschaft und Schwägerschaft im besonderen genannt

1) Art. 32. Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerl. Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.

werden, ergibt sich aus der recht unsicher zu entscheidenden Frage, ob die gedachten Begriffe in früherem Reichsrecht eine besondere Begriffsbestimmung gefunden haben. Man wird weiter den Satz anerkennen müssen, obwohl es in den einzelnen Gesetzen an einer Vorschrift darüber ermangelt, daß im Zweifel die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Begriffe, z. B. Erbe, aus dem jeweils herrschenden Privatrecht zu entnehmen sind[1]), ein Grundsatz, der seine Bestätigung in Art. 4 und 33 zum Einführungsgesetz findet. Da nun die Gründe, die für die Bildung eines besonderen Verlobtenbegriffs für das öffentliche Recht maßgebend gewesen sind, durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechts weggefallen sind, und im Zweifel jenes allgemeine Prinzip zu gelten hat, so muß in analoger Anwendung des Art. 33 die Aufhebung des früheren Verlobtenbegriffs gemäß Art. 32, S. 2 zu Gunsten des heutigen bürgerlichen Begriffs angenommen werden.

Der Art. 33 bezeichnet nur die ZPO., StPO. und einige andere bürgerliche und prozessuale Gesetze. Das Strafgesetzbuch ist nicht genannt. Daß nun aber auch für dieses Gesetz analog der Art. 33 gelten muß, folgt daraus, daß eine unterschiedliche Behandlung der Begriffe »Schwägerschaft« und »Verwandtschaft« im Strafrecht und Strafprozeß- oder Zivilprozeßrecht, für welche letzteren Gesetze die Auslegung des BGB. durch Art. 33 vorgeschrieben ist, bei Anwendung eines anderen Rechtsbegriffes im Strafrecht zu unerquicklichen Folgen führen muß[2]). Der Verlobtenbegriff muß somit auch im Strafrecht nach dem bürgerlich-rechtlichen Begriff ausgelegt werden.

Für das hier gewonnene Ergebnis spricht in praktischer Beziehung, daß mit ihm die große Rechtsunsicherheit, die bei

1) Staudinger Bd. 6, S. 14.
2) RG. E. in Strafs. 48, 198. A. A.

verschiedenen Verlobtenbegriffen eintreten müßte, behoben ist. Härten, die sich ergeben, werden durch die gewonnene Rechtssicherheit aufgewogen.

Das Ergebnis der Ausführungen ist, daß im System des gesamten Rechts ein einheitlicher Verlobtenbegriff zu gelten hat[1]).

1) Wie hier im Ergebnis Stutz S. 23; Dittenberger S. 116, N. 1; Fronhausen S. 8, N. 8; Olshausen zu § 52 StGB., Ziff. 24; Nathan S. 80, Anm. 5; A. M. Leitzmann S. 8; Gaupp-Stein § 383, II, N. 1; Glaser S. 28.

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. 2, 1895.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Bunsen, Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1910.

Cohen, Über die rechtliche Natur des Verlöbnisses. Leipz. Diss. 1905.

Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. 2. 1912.

Cramer, Das Verlöbnis nach dem BGB. 1902.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 4. 1908.

Czyhlarz, Institutionen. 1911.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71, S. 1ff.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1902.

— Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches. 7. Aufl. 1907.

Dittenberger, Das Verlöbnisrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach dem bürgerlichen Recht. 1903.

Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts. 8./9. Aufl. 1908.

Enneccerus, Lehrb. des bürgerlichen Rechts. 1914 und Aufl. 1909.

Enneccerus-Lehmann, Lehrb. des bürgerlichen Rechts. II. 2. Aufl. 1912.

Esser, Eine kritische Betrachtung über die Rechtsnatur des Verlöbnisses. Greifswalder Diss. 1917.

Friedberg, Lehrb. des kath. und evangel. Kirchenrechts. 6. Aufl. 1909.

— Das Recht der Eheschließung. 1865.

Fronhausen, Der Verlöbnisbruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1906.

Gaupp-Stein, Komm. zur Zivilprozeßordnung. 1912.

Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem BGB. 1904.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 3. 1914.

Göppert, Zur Lehre von der pacta de contrahendo in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 400ff.

Hellmann, Das Verlöbnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der DJZ. 1901, S. 217ff.

Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 74, S. 55ff.

Horning, Das Recht des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1915.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1899.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.

Kipp-Wolff, Familienrecht. 1914.

Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. Bd., 1. Tl. 1915.

— Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 2. Bd. 1914.

Kunze, Über die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipz. Diss. 1907.

Leitzmann, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipz. Diss. 1906.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Matthiaß, Lehrb. des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches. Bd. 1 u. 4.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. 1899/1900.
Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem BGB. Rostocker Diss. 1902.
Neubecker, Lösung von Familienbeziehungen wegen Tuberkulose. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 31, Heft 3. 1908.
Olshausen, Komm. zum Strafgesetzbuch. 1916.
Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1906.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Bd. 1906.
Protokolle für die erste und zweite Lesung des BGB.
Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 6. Aufl. 1886.
Sauer, Ist das Verlöbnis ein Vertrag im Sinne des ersten Buches des BGB.? Jena Diss. 1907.
v. Scherer, Handb. des bürgerl. Rechts. II. 1898.
v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht. 1886.
— Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf eines BGB. Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74, S. 388ff.
Sohm, Recht der Eheschließung. 1875.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1913.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 4. Bd. 3. Aufl. 1900.
Schmidt-Habicht, Komm. zum Familienrecht. 1900.
Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses. 1900.
Titze, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1906,
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen und die üblichen Entscheidungssammlungen.

Lebenslauf.

Ich, Otto Conrad Wilhelm Göbell, bin am 17. Oktober 1888 in Cassel geboren als Sohn des Verwaltungsgerichtsdirektors Wilhelm Göbell und seiner Ehefrau Emma geb. Weichberger. Ich bin evangelischer Konfession. Nach dem Besuch des Gymnasiums zu Gütersloh studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Kiel, Berlin und Marburg. Von September 1914 bis Dezember 1918 nahm ich als Kriegsfreiwilliger, später als Offizier eines Feld-Artillerie-Regiments am Feldzuge teil.